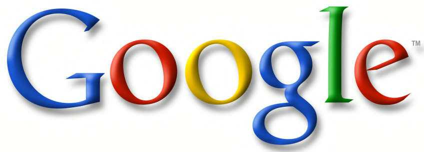
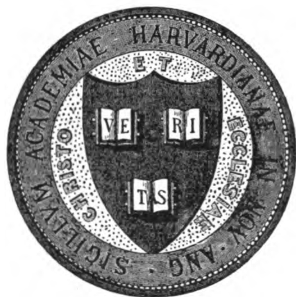



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

47

Juristische Zeitung

für

das Königreich Hannover.

Herausgegeben

von

Dr. E. Schlüter,

Justiz-Rath zu Stade.

Dr. L. Wallis,

Advocat zu Lüneburg.

VII

Achter Jahrgang.

Lüneburg,

bei Herold und Wahlstab.

1833.

I

Inhalts-Anzeige.

I. An Beiträgen zur Kenntniß der Rechtsquellen.

II. Abhandlungen und Rechtsfälle.

III. Miscellen, Bemerkungen, Anfragen ꝛc.

Erratum.

S. 17. Z. 1. muß es heißen: September v. (statt d.) J.



für das Königreich Hannover.

№ 1. Den 1. Januar 1832.

Rescript des Königlichen Cabinets-Ministerii vom 2ten November 1829 an die Königl. Justiz-Canzley zu Osnabrück, daß von einem einzelnen Beamten, bei einem Amte, wo mehrere Beamte angestellt sind, abgefaßte und publicirte Hauptbescheide keinesweges nichtig sind.

Wir haben aus dem Berichte der Königlichen Justiz-Canzlei zu Osnabrück vom 21sten Sept. d. J. ersehen, daß unter deren Mitgliedern eine Verschiedenheit der Meinungen über die Frage entstanden ist:

Ob bei einem Amte, wo mehrere Beamte angestellt sind, ein einzelner Beamter berechtigt sey, einen Hauptbescheid ohne Theilnahme und Vorwissen seiner Collegen einseitig abzufassen und zu publiciren, und ob solcher einseitiger Hauptbescheid für rechtsbeständig gehalten werden könne, wenn die beschwerte Parthey denselben als nichtig anfechte?

daß die Majorität für die Nichtigkeit eines solchen Bescheides sich erklärt, und daß dadurch die Königliche Justiz-Canzley sich veranlaßt gefunden hat, auf eine authentische Interpretation der hierauf sich beziehenden Stelle der Amtsordnung anzutragen.

Wenn nun die Majorität bey der Aufstellung dieser ihrer Meinung von dem Gesichtspuncte ausgegangen ist, daß die Aemter, nach der Amtsordnung als förmliche Justiz-Collegien zu betrachten, mithin in der Regel alle Geschäfte collegialisch zu betreiben, verpflichtet seyen, und nur bey denjenigen eine Ausnahme gemacht werden dürfe, bei welchen solches in der Amtsordnung ausdrücklich gestattet worden, so entspricht dieser Gesichtspunct weder den bey der Amtsordnung gehegten Absichten, noch in der That den in derselben enthaltenen ausdrücklichen Bestimmungen.

Denn obgleich nach dem §. 21. das Verhältniß zwischen mehreren bey einem Amte angestellten Beamten collegialisch seyn soll, so ist jedoch in Beziehung auf die Betreibung der Geschäfte eine Vertheilung derselben in dem §. 22. und den folgenden §. §. als Regel ausdrücklich vorgeschrieben; es ist ferner einem jeden Beamten für seinen Geschäftszweig die Verantwortlichkeit zunächst auferlegt (§. 26.) und nur derselbe (§. 37.) da-

bey berechtigt und verpflichtet werden, in allen wichtigen Fällen dieselben zu einer collegialischen Berathung und Behandlung zu verweisen. Welche einzelne Fälle aber hierher zu rechnen, ist im Wesentlichen der eigenen Beurtheilung der Beamten überlassen und es sind (§. 37.) nur gewisse Handlungen namhaft gemacht, welche der Beamte nicht allein sondern in Beiseyn eines Collegen oder eines Auditors vorzunehmen hat, so wie auch im §. 38. einige Sachen herausgehoben sind, welche an den wöchentlichen Amtsberathungstagen in Gegenwart sämmtlicher, nicht sonst behinderter Beamten vorgenommen werden sollen.

Würde nun in solchen in der Amtsordnung ausdrücklich bezeichneten Fällen ein Beamter einseitig verfahren, so würde dieses allerdings der dem Amte vorgesetzten Behörde eine gegründete Veranlassung geben, ein derartiges Verfahren als unangemessen und ordnungswidrig zu rügen, und eine gleiche Rüge würde überhaupt dann ertheilt werden können, wenn bey einem Amte auch andere wichtige und folgenreiche Sachen von einem Beamten gewöhnlich einseitig abgethan und nicht zu einer collegialischen Behandlung verwiesen und insbesondere auch die wichtigern schriftlichen Ausfertigungen den übrigen Beamten zur Mitsignatur und Unterschrift nicht vorgelegt werden sollten, allein niemals wird daraus für die Partheien ein Recht entstehen können, dergleichen Ausfertigungen deshalb als nichtig anzufechten, da eines Theils in der Amtsordnung eine solche Nichtigkeit weder direct noch indirect auf irgend eine Weise angedroht, und da andern Theils die Amtsordnung überhaupt lediglich eine Dienstinstruction für die Beamten, als solche aber überall so wenig dazu geeignet, als dazu

bestimmt ist, über Partheienrechte irgend etwas festzusetzen.

Vermögen Wir daher aus den obenbemerkten Gründen die Ansicht der Majorität nicht zu theilen, so können Wir es auch eben so wenig für nothwendig oder auch nur für rathsam und angemessen erachten, wegen dieses, bislang allein bey der Königl. Justiz-Canzley zu Osnabrück entstandenen Zweifels eine authentische Interpretation der Amtsordnung zu veranlassen, zumalen für das Verfahren der Untergerichte, nicht sowohl die Amtsordnung, als vielmehr die unter dem 5ten October 1827 erlassene Untergerichtsordnung zur Norm dienen muß, in dieser indessen keine Bestimmung sich findet, welche eine Ungewißheit über den fraglichen Gegenstand erregen, oder aus welcher die Nothwendigkeit einer collegialischen Abgebung der Hauptentscheidungen in Civilsachen gefolgert werden könnte, indem vielmehr gerade das, darin als Regel vorgeschriebene mündliche Verfahren bey der gegenwärtigen Zusammensetzung der Aemter nicht ausführbar seyn würde, wenn bey denselben stets eine collegialische Behandlung stattfinden sollte.

Diesem allen gemäß dürfen Wir daher mit Zuversicht erwarten, daß die Herren in der, von einem Beamten einseitig geschehenen Abgabe eines Bescheides eine Nichtigkeit des letztern nicht ferner antreffen, vielmehr darauf etwa gerichtete Beschwerden der Partheien als ungegründet zurückweisen und selbige nur dazu benutzen werden, um in übrigens dazu geeigneten Fällen die Aemter darauf aufmerksam zu machen, daß die schriftlichen Hauptentscheidungen in wichtigern Civilfällen, in der Regel nur nach vorgängiger collegialischer Berathung abzugeben seyen, oder wenigstens von sämmt-

lichen Mitgliedern des Amts gemeinschaftlich signirt und unterschrieben werden müssen.

Hannover, den 2ten November 1829.

Königlich Großbritannisch-Hannoversche zum Cabinets-Ministerio verordnete General-Gouverneur und Geheime-Räthe.

Bremer.

An
die Justiz-Canzley zu
Osnabrück.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Zu der Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830, das bei Concursen der Gläubiger angenommene Absonderungsrecht aus hypothekarischen Forderungen betreffend.

Das s. g. Separations-Recht ex jure crediti s. hypothecario ist bekanntlich von dem privilegio s. beneficio separationis des R. R. — welches außer dem eigentlichen und Haupt-Fall der Separation nur noch des Doppelfalls einer s. g. Quasiseparation als einer Erfindung der Rechtsgelehrten gedenkt — ganz verschieden und bedürfen beide hier übrigens keiner weiteren Definition.

Durch eine, wie Hagemann Bd. 6. № 39. der pr. Erört. bezeugt, beständige, die Kraft eines Gewohnheitsrechts habende, Observanz des O. A. G. war dennoch das eigentliche römische beneficium in Beziehung auf die hypothekarischen Erbschaftsgläubiger eben wieder

in ein, nicht auf die Dauer des quinquennii einge- schränktes — also gewissermaaßen zweites — Separations-Recht ausgeartet; oder vielmehr: Hagemann, welcher das s. g. Separations-Recht nur in den Concursen der, titulo *singulari* Eigenthümer der früher verpfändeten Sache gewordenen, Gemeinschuldner gelten läßt, gestattet eine Ausnahme, wo der Gemeinschuldner als Erbe Universalsuccessor des früheren Verpfänders geworden ist. Da die Succession durch Erbschaft aber der Haupt- und beinahe einzige Fall der Universalsuccession ist, so hat man später und nach der gedachten Hagemannschen Erörterung wenigstens, wo vom Separations-Recht die Rede war, des Unterschiedes der Universal- und Singular-Succession meist nicht weiter gedacht. Das, Bd. 2. Heft 2. № 1. der Jur. Zeit. von 1827, beigebrachte Präjudiz des O. A. G. sagt ausdrücklich, es komme darauf, ob der successor titulo universali vel particulari Eigenthümer geworden sei, nicht an, und Hagemann Bd. 7. Er. 53. spricht den hypothekarischen Erbschafts-gläubigern ein von dem, auf 5 Jahre beschränkten, beneficio separationis des R. R. verschiedenes *jus* separationis zu, welches an den Ablauf jener 5 Jahre nicht gebunden sei, welches aber eben wieder nur in der „beständigen Observanz" seinen Grund habe.

Nach der neueren Praxis des O. A. G. und seit 5. Decbr. 1827 ist das s. g. Separations-Recht ex jure crediti s. hypothecario als „aus unrichtigen Prämissen „abgeleitet und in den Gesetzen keineswegs begründet" gänzlich aufgehoben. Ohne Zweifel ist damit auch die obige Observanz oder, wenn man lieber will, das im Fall der Universalsuccession durch Erbschaft ausnahms-weise stattfindende s. g. Separations-Recht der hypothe-

sulischen Erbschaftsgläubiger widerrufen und würde, was auch die gleich anzuführende Königliche Verordnung zu bestätigen scheint, darnach nur noch das den chirographarischen sowohl als hypothekarischen Erbschaftsgläubigern zustehende beneficium separationis des R. R. bestehen.

So überaus wichtig diese veränderte Praxis in ihren Folgen erscheinen mußte, konnte man dennoch nach Verlauf von 3 Jahren kaum erwarten, daß die Gesetzgebung den Gegenstand sich aneignen würde.[1]) Und doch wurde noch am 15. Decbr. 1830 die Königliche Verordnung vom 21. Novbr. desselben Jahrs ausgegeben, wodurch das s. g. Separations-Recht in den bis 1sten Jan. 1832 erkannt werdenden Concursen zwar wieder hergestellt oder vielmehr gesetzlich anerkannt, im Ganzen aber und so viel uns hier angeht,

1. gänzlich abgeschafft und dagegen

2. in ein privilegirtes Pfandrecht der zweiten Klasse verwandelt wurde, welches allen übrigen in diese Klasse gehörigen Forderungen vorgehen soll.

In der neuesten Zeit hat in der „Zeitschrift für

---

1) Nicht genug, daß die Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830 um 5 Jahre zu spät kam und die inzwischen bereits in das contrarium übergegangene Praxis aufs Neue erschütterte, wird sie durch den Art. III. noch manchen Privat-Mann, der im Vertrauen auf eine längere Dauer der richtigeren Praxis sich als einen sorgsamen Gläubiger bewies, abermals in Schaden bringen. Wer nämlich, nach Aufhebung des jus separationis ex jure crediti bedachtsam genug war, sich durch eine neue Verbindlichkeit so viel, als zu erreichen möglich war, Sicherheit zu verschaffen, dem — ist jetzt auch die privilegirte Hypothek in der 2. Klasse versagt und wäre also rathsamer gewesen, sich weniger sorgsam zu zeigen.

Civil=Recht und Prozeß" Bd. IV. Heft 1. № III. Herr Privatdocent rc. Hepp, in Heidelberg, das s. g. Separations=Recht ex jure crediti s. hypothecario in einer ohne Gelehrsamkeit scharfsinnigen und interessanten Abhandlung, namentlich auch gegen den Aufsatz des Herrn O. A. Raths Spangenberg im „Archiv für die civilistische Praxis" Bd. 10. Heft 3. № 19., vertheidigt. Sein Ideen=Gang ist etwa folgender: „Bei der Universalsuccession müsse freilich, wie dem Erblasser selbst, so auch dem Erben möglich sein, die von jenem bereits verpfändeten Sachen mit besseren Hypotheken zu belasten. Bei der Singularsuccession aber werde der neue Eigenthümer weder Schuldner überhaupt, noch Pfandschuldner des Gläubigers, dem die Sache bereits der frühere Eigenthümer verpfändete. Der Grundsatz, daß die Rechte des Vorgängers auch dem Singularsuccessor nicht abzusprechen seien, komme häufig nicht einmal in Frage, da das Recht, um ausgeübt zu werden, doch ein factum — die Verpfändung — voraussetze, die Sache aber z. B. unter die Hypothek der früheren privilegirten General=Pfandgläubiger des nachherigen Erwerbers von selbst falle. Ueberhaupt könne hier von einem eigentlichen Rechte kaum die Rede sein, sondern nur von einer nothwendigen Folge der Begünstigung, welche die Gesetze gewissen Gläubigern, jenen privilegirten Pfandgläubigern und Legal=Pfändern, aus besonderer Vorliebe einräumten. Diese privilegirten Pfänder, als privilegia odiosa, müßten aber stricte interpretirt werden, besonders bei der Frage, gegen wen sie geltend zu machen? Des ersten Pfandschuldners würkliches Recht, — die Sicherheit seiner ersten Pfandgläubiger durch Constituirung besserer Hypotheken betrügerisch zu brechen — könne, da es kein Theil

des Eigenthums sei, auf den Singularsuccessor nicht übergegangen sein, und wenn jener die Sache veräußerte, so habe er eben deshalb von dem Rechte nicht Gebrauch gemacht, noch auch machen wollen." — Aus allen diesen Gründen scheint dem Herrn ꝛc. Hepp der Grundsatz der neuen Theorie auf Verhältnisse der vorliegenden Art überall nicht anwendbar. Er kommt in der Hauptsache aber wieder darauf zurück: „Die privilegirten Pfandrechte eines Gemeinschuldners müssen dem Pfandrechte aus den Zeiten des früheren Eigenthümers der Sache, welche jener Gemeinschuldner titulo singulari erwarb, nachstehen, weil die Pfandgläubiger dieser letzten Art weder persönliche Gläubiger überhaupt noch eigentliche (persönliche) Pfandgläubiger des Gemeinschuldners, mithin — in dessen Concurs sich nicht einzulassen brauchen und also — Separatisten sind.

Referent gesteht zuvörderst offenherzig, wie es ihn freue, die hellen Regeln:

nemo plus juris . . . e. ct.
sein eignes, nicht aber fremdes Gut . . . u. s. w.
res transit . . . e. ct.

in dieser für das Separations-Recht geschriebenen Abhandlung des Herrn ꝛc. Hepp nicht benutzt zu sehen, da auch er dieselben theils für gar nicht anwendbar auf das Separations-Recht, theils für nicht verletzt durch Statuirung desselben hält.

Im Uebrigen kann Referent der Ansicht des Herrn ꝛc. Hepp in der Hauptsache um so weniger beistimmen, als er sogar von der richtigen Feststellung des Streit-Punkts sich noch immer nicht hat überzeugen können und deshalb denn auch ein völlig entgegengesetztes Resultat hat gewinnen müssen.

Der Herr Privatdocent Hepp gesteht die Unzulässigkeit des s. g. Separations-Rechts in den Fällen zu, wo der neue Eigenthümer, welcher ein besseres Pfandrecht daran bestellt, der Universalsuccessor des früheren Eigenthümers und Verpfänders und eben dadurch, wegen der zwischen ihnen bestehenden unitas personae, auch Schuldner und Pfandschuldner des früheren Pfandgläubigers geworden ist. Weil nämlich, was keinen Zweifel leidet, so lange die Sache in derselben Hand ist, dem Eigenthümer möglich ist und frei steht, bessere Hypotheken zu bestellen, auch die verpfändete Sache unter die später entstehenden privilegirten Legal-Pfänder von selbst fällt, müsse dies auch vom Universalsuccessor behauptet werden, der in omne jus seines Vorgängers und Erblassers nachfolgt. In der That giebt jene Befugniß eines jeden Eigenthümers oder statuirte rechtliche Möglichkeit allerdings grade den Hauptgrund wider das s. g. Separations-Recht ex jure hypothecario ab; allein es scheint durchaus nicht erforderlich, jene Befugniß oder rechtliche Möglichkeit im Fall einer Veränderung des Eigenthums auf die Universalsuccession zu beschränken und zu dem Ende auf die unitas personae zwischen Erblasser und Erben zu recurriren. Das bestellte Pfandrecht hindert nicht, das Eigenthum der Sache an einen Andern zu übertragen, und da die Bestellung jedes Pfandrechts — in so weit die Befugniß dazu hier in Frage kommt — lediglich Ausschluß des Eigenthums ist, so scheint kein Grund vorhanden, weshalb der neue Eigenthümer und Singularsuccessor nicht, wie überhaupt Hypotheken, so auch bessere Hypotheken, und selbst bessere als sein Vorgänger, sollte bestellen können.

Allerdings gilt dabei der Grundsatz: res transit

cum suo onere, also mit der von dem früheren Eigenthümer bestellten Hypothek. Die Veräußerung selbst und an sich kann dem Pfandgläubiger überall nicht präjudiciren; allein das heißt nur, seine Rechte bleiben in salvo, seine Hypothek haftet ferner in derselben Priorität und mit demselben etwaigen privilegio an der veräußerten Sache; das Recht oder vielmehr die Befugniß und rechtliche Möglichkeit zur Bestellung einer besseren Hypothek geht aber auf den neuen Eigenthümer über, wie sie dem alten zustand. — Ein gleiches gilt, wo eine vom neuen Eigenthümer bestellte General- oder eine wider ihn geltende privilegirte Legal-Hypothek die neu erworbene Sache von selbst ergreifen.

Vollkommen richtig ist es auch, daß der neue Eigenthümer durch den Erwerb der Sache an sich weder Pfandschuldner noch auch Schuldner überhaupt des Pfandgläubigers aus der Zeit des früheren Eigenthümers wird, da diesem, ohne persönliche obligatio des neuen Eigenthümers, nur ein dingliches Recht gegen die Sache, nicht die pignoratitia, sondern nur die, gegen jeden dritten Besitzer gerichtete, hypothecaria actio zusteht. Es folgt nothwendig daraus, daß er in den Concurs des neuen Eigenthümers sich der Regel nach an sich nicht einzulassen brauche. Da ihm gleichwohl ein dingliches Recht an der Sache zusteht, welches er gegen jeden Besitzer und, wenn solcher in Concurs gerathen, auch gegen dessen Gläubiger geltend machen und kraft welches er mithin auf eine Separation dieser ihm verpfändeten Sache von der allgemeinen Concursmasse, wozu er nicht gehört, dringen kann, oder welches, wenn es gegen die Concursgläubiger geltend gemacht wird, nach der jetzt ausgebildeten Form des Concurses einen Particularconcurs

erregen müßte, so könnte man in so fern ihn „Separatist“ nennen. — Wie in aller Welt folgt aber, wenn man ihn auch, ohne genaue Unterscheidung, Separatist nennen könnte oder genannt hat, daraus, daß sein Pfandrecht nun auf einmal aufhören soll, nach den sonst allgemein geltenden Rechten und Grundsätzen über die Priorität der Hypotheken beurtheilt zu werden? daß sein Pfandrecht plötzlich, ein Pfandrecht zu sein, aufhören und vielmehr ein, allen Hypotheken vorgehendes, Separations-Recht mit den, dem Vindications-Rechte beigelegten Wirkungen, werden soll? — Der Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers ist allerdings weder Gläubiger überhaupt, noch auch Pfandgläubiger des in Concurs gerathenen neuen Eigenthümers, d. h. es steht ihm wider denselben die persönliche Forderung aus der Haupt-Obligatio so wenig, als die pignoratitia actio aus dem accessorischen Pfandrechte zu. Allein die aus dem letzteren entsprungene dingliche, die hypothekarische Klage ist doch eben auch nichts anders als eine Folge des Pfandrechts und das, ihr zum Grunde liegende, dingliche Recht wird, welche Veränderungen auch in der Person des Eigenthümers des Pfandes vorgegangen sein mögen, immer eben nur ein Pfandrecht bleiben, welches weder in ein Eigenthums- oder anderes Recht übergehen, noch von anderen Pfandrechten, sei es, daß sie nur als solche, oder zugleich mit der persönlichen Forderung aus der Haupt-Obligatio mittelst der pignoratitia actio geltend gemacht werden können, rücksichtlich der Priorität nach verschiedenen Regeln beurtheilt werden können. Die Frage ist daher gar nicht: In welcher Priorität stehen die Pfandrechte zu einander, welche von auf einander folgenden Eigenthümern bestellt sind? — Diese

Frage bedarf keiner Antwort, sie erledigt sich von selbst; die Priorität wird bestimmt durch das Alter und die etwaigen Privilegien nach den darüber überhaupt geltenden Rechten und Grundsätzen. Die Frage ist vielmehr diese: Hat der Pfandgläubiger aus der Zeit des früheren Eigenthümers nöthig, sich in dem Concurs des nachherigen Erwerbers einzulassen oder nicht? — Man antworte nicht: Er hat es allemal nöthig, weil durch den Verkauf im Concurse alles Pfandrecht erlöscht. Dies ist in unbedingter Allgemeinheit um so weniger irgendwo vorgeschrieben, als das Institut des Concurses, wie es bei uns jetzt sich ausgebildet hat, den Römern in der Maaße überall nicht bekannt war. Die Frage bleibt dennoch dieselbe; auch giebt das Resultat im Allgemeinen sich von selbst. Hat er es nöthig und läßt sich ein, so rangirt er nach den bekannten Regeln; hat er es nicht nöthig, so geht ihn der Concurs nichts an, sein Pfandrecht bleibt ihm nach wie vor und er kann jeden Besitzer in Anspruch nehmen. Die Regel ist nun, daß der Pfandgläubiger aus der Zeit des früheren Eigenthümers in den Concurs des späteren Erwerbers der Sache, eben weil er dessen Gläubiger und Pfandgläubiger nicht ist, sich nicht einzulassen brauche und sein Pfandrecht daher durch den in Folge des Concurses vorgenommenen Verkauf der Sache auch nicht verliere. Nur zwei Fälle giebt es jedoch, wo, abgesehen von einigen nicht hieher gehörigen Special-Fällen aus besonderen Vorschriften des R. R., die unterbliebene Einlassung offenbar ihm schaden muß:

1. Wenn nicht nur die Gläubiger des neuen Eigenthümers überhaupt, sondern namentlich auch diejenigen, welche dingliche Rechte an der früher verpfändeten Sache haben, edictaliter citirt sind und dabei diese Sache speciell bezeichnet ist.

2. Wenn einer oder mehrere Pfandgläubiger des neuen Eigenthümers, welche sich melden und zu deren Besten die Sache mit verkauft wurde, ein besseres Pfandrecht als der Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers hatten.

(Der Beschluß folgt.)

II. Zur Lüneburgischen Polizey-Ordnung von 1618 cap. 42.

Die Lüneburgische Polizey-Ordnung von 1618 bestimmt im cap. 42. §. 2:

> Gebieten demnach und wollen, daß inskünftige niemand Unsern Unterthanen, er sey auch, wer er wolle, adelige oder gemeinen Standes, für jemand Bürge werde, er habe es denn zuförderst Uns oder Unseren Nachfolgern in der Regierung vorgebracht und Unseren Consens darüber erlangt,

und läßt dann in den §. §. 3 und 4 einige Ausnahmen folgen, dahin, daß die Bürgschaften der Bürger und Bauern schon durch den Consens ihrer Obrigkeiten Gültigkeit erhalten sollten.

Die Ausnahmen sind bekannt genug und werden überall von Gerichten und Partheien für practisch anwendbar gehalten; von der Regel selbst ist aber bislang wenig die Rede gewesen und von ihr wohl eben kein Gebrauch gemacht worden, um die Gültigkeit einer Bürgschaft anzufechten.

Der Einsender dieses war der Meinung, daß die Regel selbst für gültig gehalten werden müsse, besonders in den Gerichten, welche die Ausnahmen ihren Erkennt-

nissen täglich zum Grunde legen. Er hielt dafür, daß die ganze höchst positive Bestimmung ein mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl gegebenes Prohibitivgesetz sey; daß ein solches weder durch Nichtgebrauch, noch durch eine, im vorliegenden Falle schwer nachzuweisende, entgegenstehende Observanz aufgehoben werden könne, und trug daher bey Königl. Justiz-Canzley C. auf den Grund des §. 2. cit. darauf an, daß eine, von einer canzleyfäßigen Person bestellte, weder von einem Obergerichte, noch von der Landesregierung bestätigte Bürgschaft für null und nichtig erkannt werden möge.

Die gedachte Justiz-Canzley theilte die Ansicht des Einsenders, indem sie unterm 18ten Junius 1830 in S. des B.schen Vormundes Dr. L. Liquidaten, c. die Doctorinn S. als Vormünderinn ihrer Kinder, Liquidantinn, erkannte:

> nachdemmalen sich aus der beygebrachten Schuld-, Pfand- und Bürgschaftsverschreibung vom 12ten Junius 1822 ergiebt, daß dieselbe nur von dem hiesigen Stadt-Magistrate bestätigt worden, es mithin, da der in den hiesigen Landesdiensten gestandene Pensionair-Fähnrich B. der hiesigen Ortsobrigkeit überall nicht unterworfen gewesen, intuitu seiner an einer gültigen Confirmation der von demselben mitübernommenen Bürgschaft ermangelt; unter diesen Umständen aber dieselbe, nach Anweisung der ausdrücklichen, zur Zeit noch völlig anwendbaren, Bestimmungen der Polizey-Ordnung von 1618 cap. 42. durchaus unverbindlich ist: so werden u. s. w.

Königl. Ober-Appellationsgericht dagegen, an welches die Liquidantinn sich appellando wandte, reformirte das

Erkenntniß der Justiz-Canzley und rescribirte an selbige unterm 12ten October 1831:

Wenn nun gleich die Vorschrift Unserer Polizey-Ordnung in capitulo 42, nach welcher die Bürgschaften der Bauern nur mit Vorwissen und unter Genehmigung der Gerichtsverwalter et sub poena nullitatis zu vollziehen sind, annoch in Kraft ist; nachdem jedoch in Betreff derjenigen Bürgschaften, welche Unserer Landesherrlichen Bestätigung bedürfen, solches keinesweges der Fall, dieser Theil des angezogenen Gesetzes vielmehr durch eine entgegenstehende Observanz außer Anwendung gesetzt ist; und dann aus diesen Gründen — — — rescriptum de emendando erkannt ist u. s. w.

Der Einsender hat geglaubt, daß die Mittheilung dieser Entscheidung nicht ganz überflüssig sey, wenn auch nur, um als Beleg zu dienen zu

v. Bülow und Hagemann pract. Erörter. Bd. IV. Erört. 33. N. N.

Miscelle.

Juristen Gerechtigkeit ist eine weltliche, äußerliche Gerechtigkeit; aber unsere, der Theologen, ist in praedicamento relationis, eine fremde Gerechtigkeit, nämlich des Herrn Christi, die schenkt uns Gott aus lauter Gnaden, ohne all unser Verdienst und gute Werke, denen, die es durchs Wort mit dem Glauben fassen.

(Dr. M. Luthers sämtl. Schriften ed. Walch Th. 22 Cap. LXVI.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 2. Den 15. Januar 1832.

Bemerkung.

Vom 1. Julius bis zum letzten September d. J. wurden vom Königl. Ober-Appellations-Gerichte, nach Maaßgabe des im Druck erschienenen Verzeichnisses, folgende Urtheile und Bescheide abgefaßt und herausgegeben:

Urtheile.

In revisionis instantia, der Justizcanzley in Aurich, zur Eröffnung an die Partheien, zugesandt.

Zwey Stück.

Bescheide nach eingesehenen Acten voriger Instanzen.

Einhundert und zwey, worunter 21 Emendatoria und Reformatoria, 8 part. Rejectoria part. Emendatoria, 70 Rejectoria ꝛc.

Uebrige Bescheide.

Einhundert ein und neunzig, worunter 20 Rejectoria, 10 Denegatoria, 23 Desertoria, 8 Inhaesiva; in den übrigen Sachen ward die Einsendung der Acten oder Bericht gefordert.

* * *

Die wider die Partheien und deren Sachführer erkannten Strafen betrugen 90 Thlr. Cassen-Münze.

* * *

Acht Advocaten wurden immatriculirt.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Zu der Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830, das bei Concursen der Gläubiger angenommene Absonderungsrecht aus hypothekarischen Forderungen betreffend.

(Beschluß.)

Dies scheint die richtige, jedenfalls einfachste und doch consequente Ansicht von der ganzen Sache zu sein. Ob sie bei dem Institute des jetzigen Concurses und Concursprozesses aus- und durchgeführt werden könne, ist freilich eine andere Frage. Allein ich zweifle nicht daran, wenn nur „niemals unbewegliche Sachen ohne Edictalcitation veräußert und nie Edic-

calcitationen erlassen werden, ohne dabei die Immobilien genau zu bezeichnen." Beides geschieht schon jetzt sehr häufig, wird immer häufiger und zuletzt unumgänglich nothwendig werden. Im Unterlassungsfalle aber können beinahe keine größere Schwankungen entstehen, als z. B. durch die veränderte Praxis über das s. g. Separations-Recht bereits entstanden sein und ferner entstehen möchten. Die Nothwendigkeit eines Proclams bei Veräußerungen namentlich wird, für die nächste Zukunft wenigstens, um so dringender, als nach der Königl. Verordnung vom 13. Juny 1828 öffentliche Hypotheken an unbeweglichen Sachen zwar gültig nur bei dem zuständigen Richter, dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist, bestellt werden können, Hypotheken-Bücher aber nicht vorhanden und General-Hypotheken auch durch die genannte Königl. Verordnung nicht ausgeschlossen sind, vielmehr tagtäglich und meist wohl bei einem Richter bestellt werden, welcher zugleich der persönlich zuständige des Schuldners und der dinglich zuständige aller einzelnen ihm gehörigen unbeweglichen Sachen ist.

Um nun zu der mehrerwähnten Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830 zurückzukehren, so wird man, um deren Wichtigkeit zu begreifen, vor allen Dingen daran sich erinnern müssen, daß in einem sehr großen Theile aller stattfindenden Concurse Pfandgläubiger aus den Zeiten früherer Eigenthümer vorkommen und daß in einem noch größeren Theile aller auf dem Lande namentlich ausbrechender, überhaupt geringerer, Concurse beinahe nur Ein Object vorhanden, die verpfändete Sache eben die ganze Masse selbst ist.

Diese wichtige Verordnung nun wird nach sich ziehen oder enthält vielmehr die jetzt anzudeutenden Folgen, welche sich aus deren einzelnen Bestimmungen von selbst ergeben:

1. Als nächste versteht sich von selbst, daß alle inscribirten Pfandgläubiger aus den Zeiten früherer Eigenthümer jetzt (bevorzugte hypothekarische) Gläubiger auch wenigstens des in Concurs gerathenen nachherigen Erwerbers unbeweglicher Sachen sind;[2]) und dabei entstehen die Fragen hauptsächlich:

a. von welcher Zeit an würden sie es? des Erwerbes? des erkannten Concurses? oder der Einlassung darin? und

b. wird denn der alte Schuldner damit frei?

Ad a.

Die Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830 be-

---

2) Ob sie in dessen Concurs sich einlassen müssen, folglich, wo sie es nicht thun, ausgeschlossen werden und ihre Rechte verlieren, ist nicht ausgedrückt. Doch muß man es annehmen, wenigstens in Beziehung nicht nur auf die etwaigen persönlichen Rechte gegen den neuen Erwerber, sondern auch auf die dinglichen gegen die Sache selbst. Dabei drängt sich aufs Neue die obige Bemerkung auf, wie unerläßlich es jetzt sei, keine Grundstücke ohne Proclam zu veräußern und keine Edictalcitation ohne genaue Bezeichnung der Grundstücke zu erlassen. Es wird, wenn nicht die fürchterlichste Rechtsunsicherheit hereinbrechen soll, durchaus nothwendig, Beides je eher je lieber ausdrücklich vorzuschreiben, und hätte eigentlich längst und zugleich geschehen müssen. Ein Drittes, was Noth thut, dürfte die Vorschrift sein, oder vielmehr es versteht sich dann der Grundsatz von selbst, daß bei Veräußerung unbeweglicher Güter die Zustimmung der Gläubiger stillschweigend nicht anders als eben durch unterlassene Anmeldung auf erlassene Edictalcitation gefolgert werden darf.

zieht sich bloß auf das Concursverfahren und vergißt nicht, dies bei jeder Gelegenheit, in der Einleitung, in den Art. I. et II. u. s. w. bemerklich zu machen. Sie legt den Pfandgläubigern aus den Zeiten des früheren Eigenthümers ein Vorzugsrecht „im Fall eines Concurses über das Vermögen des — jetzigen — Schuldners" bei und es kann daher um so weniger die Meinung gewesen sein, daß die Rechtsverfolgung auch vor oder außer dem Concurse durch diese Bestimmung modificirt werden soll, als sie nicht nur eine singuläre Vorschrift ist, sondern auch eine allgemein gültigen Rechtsansichten und selbst speciellen Vorschriften widersprechende, mithin wahrhaft gewaltsame Maaßregel enthält. Erst von dem Zeitpunkte des erkannten Concurses also, oder richtiger vielleicht, da dieser nicht nur zufällig sondern an sich auch gänzlich ohne alles Zuthun des Pfandgläubigers aus der Zeit des früheren Eigenthümers eintritt, von dem der Einlassung in denselben, von dem Zeitpunkte an, da er von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen, wenn auch nur durch die Anmeldung erklärt hat, kann der Pfandgläubiger aus der Zeit eines früheren Eigenthümers auch als der des nachherigen Erwerbers und jetzigen Besitzers angesehen werden. So unmotivirt und inconsequent diese Behauptung mit der ganzen Vorschrift auch um deshalb erscheinen muß, weil auch die Insolvenz und der Concurs des neuen Erwerbers überhaupt an sich ganz gleichgültig sind und das Recht des Pfandgläubigers aus der Zeit des früheren Eigenthümers überall nicht afficiren, so wird man nichts desto weniger eine grade entgegengesetzte, also noch größere Inconsequenz gestatten müssen. Man wird nämlich, wenn nur erst der Fall, wo das Recht gegen den neuen Erwerber geltend zu machen, eingetreten

ist, dasselbe bis zu dem vorhergehenden des Erwerbs oder wohl noch früher zurückdatiren und zugeben müssen, daß wohl gar Alles, was schon zur Zeit des alten Eigenthümers fällig geworden war, in dem Concurse des neuen Erwerbers liquidirt werden könne, da den Gläubigern indistincte „ihrer Forderung halber" das neue Vorzugsrecht beigelegt ist.

Hiemit sind

ad b.

schon Gründe genug dafür angegeben, daß der alte Schuldner durch diese in unserer Verordnung enthaltene gesetzliche Novation — wenn nicht eine privative, wodurch aber das Vorzugsrecht ganz aufgehoben wird, hinzukam — nicht frei geworden sein könne; welches rückwärts eben aus der Bestimmung des Art. III. von selbst wider sich ergiebt, daß übrigens dieser Art. III. nur auf eine privative Novation sich beziehe, wird, da eine simple schon durch die Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830 in sich und von selbst eingeführt ist, dabei gewiß nicht mit Unrecht vorausgesetzt werden, wenn gleich sehr wünschenswerth gewesen sein möchte, daß das Gesetz über die Erfordernisse derselben bestimmt sich ausgelassen hätte.

2. Die Pfandgläubiger aus den Zeiten früherer Eigenthümer sollen in der 2. Classe allen übrigen Gläubigern vorgehen. Es haben also — nach der obigen Vorbemerkung — in einem großen Theile aller Concurse die privilegirten Legal- und Conventional-Pfandrechte ihre Würksamkeit verloren. Das privilegium pecuniae ad militiam emendam, ad aedes reparandas creditae, das privilegium fisci(!), dotis ac illatorum werden weichen müssen und nur die absolut privilegirten Forderungen der ersten Classe werden vorgehen. Das Vorzugs-

recht wird also noch immer beinahe eben so gut als das frühere Separations-Recht sein. Auch die privilegirten Legal-Pfänder aus den Zeiten der früheren Eigenthümer, z. B. fisci(!) auch dotis u. s. w. müssen weichen, denn „nur den solchergestalt eingetragenen, so wie den in gleichen Rechtsverhältnissen gegenwärtig stehenden und vor Emanirung der gegenwärtigen Verordnung bereits inscribirten hypothekarischen Gläubigern" soll das Vorzugsrecht zustehen. Glücklich also der Pfandgläubiger, dessen Schuldner verstirbt oder sein Pfand veräußert! Aus einem schlechten Pfandgläubiger der dritten wird er plötzlich der erste in der zweiten Classe. Wie aber soll dieser glückliche Wende-Punkt berechnet werden? Ein Schuldner stirbt oder tritt seine mit Schulden belastete Stelle ab. Sobald der „Uebergabe- und Annahme-Contract" confirmirt, auch etwa die Tradition hinzugekommen ist, ist auch der Wende-Punkt erreicht und der simple Pfandgläubiger des Abtreters geht allen übrigen vor. Ein Eigenthümer stirbt und hinterläßt Kinder und Schulden. Wann sollen die Kinder als Eigenthümer seines Vermögens betrachtet werden; sofort wenn die Erbschaft ihnen angefallen ist, oder erst wenn sie solche angetreten oder doch sich inmixtirt haben? — Es kann keine andere Antwort hierauf geben, als daß die Lehre von Erwerbung des Eigenthums den Zeitpunkt nachweisen muß. Es werden danach aber zufällige Handlungen und zwar der Schuldner selbst auf die Privilegien ihrer Gläubiger einwürken. Man wird wenigstens nicht mehr, auch nach längst erfolgter Erbschaftsantretung oder Inmixtion, den Concurs der Gläubiger des Erblassers — oft viele Jahre nach dessen Tode, wie mir Fälle genug, selbst bei Mittel-Justiz-Behörden, vorgekommen sind, —

erkennen dürfen. Auf den rechten Namen des Cridarii kommt jetzt bei Weitem mehr an und die Gläubiger haben das größte Interesse, die Person des Gemeinschuldners richtig zu bestimmen.

3) In der That durch die erwähnte Königl. Verordnung haben wir, nach der vom 13. Juny 1828, das Hypotheken-Wesen betreffend, einen zweiten und sehr weiten Schritt zur Abschaffung aller privilegirten sowohl Legal- als Conventional-Pfänder gemacht. Factisch sind sie, wie schon bemerkt, in einem sehr großen Theile aller entstehenden Concurse bereits ruinirt, wo nur noch das Alter entscheiden wird, denn die Pfandgläubiger aus den Zeiten des früheren Eigenthümers sind natürlich die älteren und unter sich rangiren sie wieder nach dem Alter. Dies war früher und bei dem Separations-Rechte anders, wo die mehreren Pfandrechte aus den Zeiten des früheren Eigenthümers unter sich nach denselben Regeln, wie die beim neuen Eigenthümer rangirten. Nachdem jenen indessen jetzt ein eigenthümliches wahres privilegium gesetzlich beigelegt ist, muß es — wie auch das R. R. im Falle der Collision mehrerer dotes und fisci stationes entscheidet, obwohl dies Gleichniß nicht ganz zutrifft — unzulässig erscheinen, den sonstigen geringeren und ohnehin schon besiegten Privilegien einen Einfluß zu gestatten.

Wo bleibt nun aber das R. R.? Wo namentlich das überaus vortreffliche, das unübertreffliche, in höchster Feinheit ausgebildete römische Pfandrecht? Oder wo bleibt vielmehr nur überhaupt das wissenschaftliche Recht? — Denn bei den neueren deutschen Einrichtungen der Auflassung, der Ingrossation in s. g. Hypotheken-Bücher, Schuld- und Pfand-Protocolle, deren Vorzüge unver-

kundbar sind, dem deutschen Concurse und Concursprozesse, wird es Niemanden einfallen können, auf strenge Beibehaltung des R. R. mit allen seinen Feinheiten und Nuancen, stillschweigenden, privilegirten und nicht privilegirten Pfändern und seinen Controversen darüber zu dringen. Allein den stets und ewig vorzüglich bleibenden Weg der Wissenschaftlichkeit, der Consequenz, des logischen und ganz einfachen richtigen Denkens wird man ungestraft nicht verlassen dürfen; besonders wenn die neue Bahn nicht ausgehauen, nicht planirt, kaum abgesteckt ist.[3)]

---

3) Nach der schon einmal erwähnten Königl. Verordnung vom 15. Juny 1828, das Hypotheken-Wesen betreffend, sollen öffentliche Hypotheken hinführo nur durch Eintragung in das Hypotheken-Buch des zuständigen Richters bestellt werden können und für unbewegliche Sachen ist derjenige Richter zuständig, dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist. Hypotheken-Bücher aber — haben wir nicht; Kataster — kennen wir kaum oder denken wenigstens noch nicht daran. Einzelne Ausnahmen abgerechnet haben wir nur Amts-, (Gerichts-,) Handlungs- und Contracten-Bücher. Kaum ist also jetzt auch nur noch die Möglichkeit vorhanden, öffentliche Hypotheken gültig zu bestellen. Und wie geschieht die Eintragung auch nur in diese Amts-, Handlungs- und Contracten-Bücher? Bei dem Königl. Amte . . z. B. lautet die Formel so: „Nachdem . . . . so wird, respectu hypothecae in vim publicae, „die Confirmation ertheilt und die Ingrossation erkannt." Gewiß, dies ist der richtige Weg; allein es ist nur der Anfang der Procedur. Wie wird es denn nun mit der Ingrossatur gehalten? — Die also confirmirte Obligation, deren Ingrossatur erkannt, allein — und das sind zwei völlig verschiedene Dinge — noch nicht verfügt ist, wird dem Gerichtsschreiber, von diesem dem Copisten überlassen und von letzterem, wenn auch möglichst bald, doch immer nur

Wir haben also gesehen, welche überaus wichtige Folgen die Königl. Verordnung vom 21. Novbr. 1830 nach sich ziehen wird. Ob dies zum Heil der Rechtssicherheit gereichen werde, möchte sehr problematisch erscheinen. So viel ist wenigstens gewiß, daß es schwer fällt, den Character der Wissenschaftlichkeit einem Gesetze zuzugestehen, welches

1. Gläubiger und Pfandgläubiger eines Dritten, des ersten Eigenthümers, ohne Weiteres zu Gläubigern

---

gelegentlich eingetragen. Ob dann das Eingetragene vidimirt, beglaubigt, ob dabei der Zeitpunkt der geschehenen Eintragung bemerkt wird, ob überhaupt der Richter weiter sich darum bekümmert, weiß ich nicht. Allein eine Bescheinigung der würklichen Eintragung, wie der §. 7. der erwähnten Königl. Verordnung verlangt, erhält der Gläubiger nicht; (sondern nur eine Bescheinigung oder vielmehr die bloße Notiz des Gerichtsschreibers: Ingrossirt . . . ohne weitere Zeitbestimmung.) Und doch schreibt der §. 7. qu. die Procedur so deutlich vor. Nach würklicher Eintragung der Hypothek, und auf keinen Fall früher als solche beschafft worden, hat der Richter darüber, daß sie geschehen, dem Gläubiger eine Bescheinigung auszufertigen... Allein der Richter erkennt sie bloß. Wann ist sie nun geschehen? Der Gläubiger hat keine Bescheinigung darüber, er kann wohl nicht einmal Gewißheit darüber erlangen, es giebt kaum eine Möglichkeit, zu bestimmen, wann die Ingrossation würklich geschehen sei, und doch hängt lediglich von diesem Zeitpunkte die Priorität der Forderungen ab. Es würde also in Collisions-Fällen und wenn mehrere Hypotheken an Einem Tage bestellt sind, nichts anders übrig bleiben, als die hier rein zufällige Stellung entscheiden zu lassen. — Ein anderes Gericht an demselben Orte hat die Formel: . . . . „und ist dem (Stadt-) Contracten-Buche „einverleibet worden.“ Es giebt also die Bescheinigung der würklich geschehenen Eintragung, allein — früher als solche geschehen.

und Pfandgläubigern des neuern Eigenthümers und jetzigen Gemeinschuldners erklärt, denselben

2. ein Vorzugsrecht in der zweiten Classe vor allen übrigen Gläubigern denselben beilegt, wovon das R. R. und selbst das deutsche, namentlich auch Hannoversche,4) keine Spur kennt und welches einen inneren Grund, die Natur der Sache, eben so wenig für sich hat; endlich

3. diese wichtigen Veränderungen als Folgen meist rein zufälliger oder willkührlicher Handlungen, zum Theil der Schuldner selbst, eintreten läßt.

4) Die Königl. Verordnung von 1830 stimmt mit der von 1828 in der allgemeinen Würkung, daß das Alter der Hypothek die Priorität entscheide, großen Theils, wie oben gezeigt ist, allein nur zufällig überein, da sie den Hypotheken des früheren Eigenthümers nur als solchen, nicht weil sie die älteren sind, den Vorzug giebt. Dagegen weicht sie davon ab, einmal indem sie dagegen zurückbleibt, dann indem sie um einen Schritt weiter geht. Sie bleibt zurück, indem sie allen Hypotheken des früheren Eigenthümers, einerlei ob sie öffentliche sind oder nicht, dasselbe Vorzugsrecht und geht um einen Schritt weiter; da sie es nur den eingetragenen ertheilt, wozu doch, rücksichtlich der vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten wenigstens, kein Grund vorhanden ist, da diesen die Verordnung von 1828, ihre gesammte bisherige Würksamkeit einstweilen noch vorbehalten hat.

II. Zur Erläuterung der Unter-Gerichts-Ordnung §. 31. und §. 35.

(Vom Hrn. Justizrath Pagenstecher in Osnabrück.)

In dem Commentare des Herrn O. A. R. Spangenberg zur U. G. O. ist bemerkt worden: zum §. 31.

2) daß es zur Eintretung des angedrohten Rechtsnachtheils im Versäumnißfalle in der Regel einer vorausgehenden Ungehorsamsbeschuldigung durch den Gegner nicht bedarf, ein Satz, der zwar nur in Bezug auf die Beweisfrist ausdrücklich ausgesprochen ist, aus der allen Fristen ertheilten peremtorischen Kraft aber schon im Allgemeinen zu folgern ist.

Es scheint diese Bemerkung jedoch mit der Absicht des Gesetzgebers nicht übereinzustimmen. Denn

1) findet sich in der U. G. O. nirgends die ausdrückliche Bestimmung, daß Ungehorsams-Anklagen überall nicht weiter erforderlich seyen, und daß eine purgatio morae nach dem Ablaufe der präjudiciellen Frist als unzulässig betrachtet werden solle. Das Institut der Ungehorsams-Anklagen beruht auf der Verhandlungs-Maxime, welche ein Verfahren des Richters von Amtswegen ausschließt. Diese Maxime des frühern gemeinen Processes ist durch die U. G. O. zwar einigermaßen modificirt, jedoch im Wesentlichen beibehalten. Gewiß darf man aber behaupten, daß eine so wichtige in das ganze processualische Verfahren tief eingreifende Abänderung, wie das Aufheben der Contumacial-Anzeigen, vom Gesetzgeber deutlich ausgesprochen wäre, wenn dies mit seiner Absicht übereingestimmt hätte. Faßt man die Folgen einer solchen Abänderung näher ins Auge, so würde, die Richtigkeit der Ansicht im Spangenbergischen Commentare vorausgesetzt, eine außergerichtliche Fristertheilung unwirksam seyn; dagegen würde es sich rechtfertigen lassen, daß der Richter nach dem Ablaufe einer Frist die Vorlegung der Acten ex officio verordnen und die Präclusion der einen Parthei auferlegten Handlung, vielleicht wider die Intention beider Partheien decretiren

könnte. Ein derartiges Official-Verfahren scheint aber dem Geiste des Gesetzes zu widersprechen. Ferner

2) kann aus den Worten der A. G. O. l. c. nicht hergeleitet werden, daß eine Contumacial-Anzeige des Gegners zur Realisirung des Präjudizes nicht erforderlich sey. Denn wenn es auch im §. 31. heißt:

> daß die Versäumniß einer Frist den angedrohten Rechtsnachtheil zur unausbleiblichen Folge habe;

und im §. 35.:

> Hat eine Parthei die ihr obliegenden Handlungen in der vorgeschriebenen Zeit nicht vorgenommen, so treten gegen sie die Folgen des Ungehorsams ein, u. s. w.

so folgt daraus noch keineswegs, daß der Richter nach Ablauf der Frist das Präjudiz sofort erkennen müsse oder könne, selbst ohne daß der Gegner ihn darum anruft; es folgt ferner nicht, daß die Parthei, welche eine ihr auferlegte Handlung verspätet einbringt, jedesmal eine Restitution zu begründen gehalten sey, wenn sie damit noch gehört werden wolle. Vielmehr

3) sind in der A. G. O. Th. II. tit. 2. §. 51. sqq., welche vom Contumacial-Verfahren handeln, mehrere Ausdrücke enthalten, welche gradezu eine Ungehorsams-Anklage der Gegenparthei erfordern. So heißt es im §. 52:

> das angedrohte Präjudiz werde auf des Klägers Antrag ausgesprochen;

ferner im §. 53:

> der Beklagte habe die Wahl, ob er auf Entbindung von der Instanz oder auf Fortsetzung des Verfahrens antragen wolle;

endlich in fine §. 53:

> das angedrohte Präjudiz werde auf des Beklagten Ansuchen erkannt.

Hier wird also überall ein Antrag der Gegenparthei ausdrücklich vorausgesetzt. Ein Gleiches soll nach §. 56. beim schriftlichen Verfahren Statt finden. Sodann

4) ist im §. 35. und §. 53. davon die Rede, daß die durch den Ungehorsam verursachten Kosten dem Gegner erstattet werden sollen. Eine solche Kosten-Erstattung würde aber fast nicht denkbar seyn, wenn der Gegner den Ungehorsam nicht anzuklagen brauchte; denn dann würden ihm keine Kosten erwachsen können. Ferner

5) heißt es in fine §. 35:

> die Strafen des Ungehorsams treten erst dann ein, wenn die Insinuation gehörig dargethan worden ist.

Diese Vorschrift deutet ebenfalls auf eine Beibehaltung des frühern Verfahrens nach gemeinem Processe hin. Wenn dem Richter die Insinuation gehörig dargethan werden soll, so kann dies nichts anders bedeuten, als der Gegner müsse dem Richter die nota insinuationis vorlegen oder die Insinuation auf andere Weise bescheinigen. Das Gesetz könnte sich des Ausdrucks „darthun" nicht bedient haben, wenn es hinreichend wäre, daß die bei dem Gerichte etwa vorhandenen Notizen über die Insinuationen nachgesehen würden; jener Ausdruck bezeichnet vielmehr eine von dem Gegner vorher zu erfüllende Bedingung. Endlich

6) ist im §. 65. vorgeschrieben:

> daß die Versäumniß des Beweistermins, auch ohne vorgängige Ungehorsams-Anschuldigung von Seiten des Gegners, den Verlust des Beweises zur Folge habe.

Hieraus muß man Argumento e contrario herleiten, daß bei allen übrigen Fristen eine Ungehorsams-Anschul-

digung des Gegners allerdings vorhergehen müsse, bevor das Präjudiz eintreten könne. Denn bloß bei dem Beweistermine soll eine Ausnahme von dieser Regel Statt finden, und aus der ausdrücklichen Vorschrift dieser Ausnahme folgt, daß die Regel für andere Fälle sanctionirt worden ist.

Aus den vorstehenden Gründen hat die Königliche Justiz-Canzlei zu Osnabrück in der Appellations-Instanz ein Decret des Amts .... reformirt, wodurch der Producent mit seinen Beweis-Einreden nach Ablauf der ihm zur Verhandlung derselben vorgesetzten präclusivischen Frist ohne Ungehorsams-Anklage des Producenten ausgeschlossen war, und es ist in dem Rescripto de emendando nicht einmal auf den Umstand Rücksicht zu nehmen für erforderlich gehalten, daß in dem Appellations-Libelle eine außergerichtliche, von dem Gegner bewilligte Befristung nachgewiesen wurde.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß auch nach der U. G. O. die Nichtbeobachtung der Nothfristen in der Instanz der Rechtsmittel den Verlust des letzten ipso jure nach sich zieht, und es, um diesen Verlust abzuwenden, jedesmal einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedarf.

Anfragen.

1.

Cajus dem einer Darlehns-Forderung halber die Grundstücke seines Schuldners Sempronius in einer gerichtlichen Schuld- und Pfandverschreibung verhypothecirt waren, kündigte solches Darlehn gerichtlich und verband mit der Kündigung den Antrag:

dem Sempronius neben Mittheilung der Kündigung aufzugeben, bei Vermeidung der Subhastation der verhypothecirten Immobilien, beim Ablaufe der dreimonatlichen Kündigungsfrist das schuldige Capital 2c. zu zahlen.

Die drei Mitglieder des Collegii, welches hierauf verfügen sollte, waren sämmtlich verschiedener Meinung.

Der Erste wollte ganz in Gemäßheit des Antrags des Gläubigers erkennen.

Der Zweite vermeinte, daß zwar sofort ein unbedingter Zahlungsbefehl zu erlassen, jedoch das Präjudiz der Subhastation nicht anzudrohen sey.

Der dritte endlich ich selbst war der Ansicht, daß in dem Antrage des Cajus eine Klage liege, die gar noch nicht erwachsen sey. Ich behauptete, daß durch Abgabe eines Zahlungsbefehls eine Nullität begangen werden würde, wollte dem Sempronio die Kündigung blos zur Nachricht mittheilen, sprach mich auch bei weiterer Verhandlung dahin aus: daß erst auf ferneren Antrag des Cajus, nach dem Ablaufe der Kündigungsfrist dem Sempronio unbedingt und bei Vermeidung der Subhastation der verhypothecirten Immobilien aufzugeben sey, binnen einer vorzuschreibenden Frist, Zahlung zu leisten.

Da diese meine Ansicht aber im Collegio nicht durchging, die Ausführung meiner Herren Collegen mich aber von der Fehlsamkeit meiner ausgesprochenen Ansicht nicht zu überzeugen vermogte, so würde mir eine weitere Belehrung in diesen Blättern um so mehr willkommen sein, als dieser Fall so häufig vorkommt. W.

2.

Als hiernächst Cajus den ersten Subhastationstermin und die Edictal-Citation sämmtlicher Realprätendenten erwirkt hatte, erschien Niemand in dem anberaumten Termine und auch Cajus und Sempronius blieben aus. Am folgenden Tage trug aber Cajus auf einen 2ten Subhastationstermin und auf Abgabe eines Präclusivbescheides an, und nun entstand wiederum der Zweifel: ob der 1ste Termin für ganz vereitelt zu achten, oder ob ein decretum praeclusivum abzugeben, und 2ter Subhastationstermin anzusetzen sey.

Welche Ansicht ist die richtige? W.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 3. Den 1. Februar 1832.

Ministerial-Rescript vom 9ten July 1830 an die Justiz-Canzley zu Celle, die Bestrafung von in der Forst liegenden bereits zugerichteten Bauholze betreffend.

(cf. von Bülow und Hagemann pract. Er. I. № 13, woselbst das Landesherrl. Rescript vom 18ten Nov. 1796 abgedruckt ist.)

Es ist laut des Berichts der Herren vom 26sten Febr. d. J. von denselben die Frage zweifelhaft befunden:

ob die Entwendung von in der Forst liegendem

bereits zugerichteten Nutzholze, insonderheit Bauholz, criminell oder nur wrugenmäßig zu bestrafen sey?

Der bekannten landesherrlichen Entscheidung vom 18ten November 1796 *) liegt das darin klar ausgesprochene Princip zum Grunde, daß hauptsächlich die Observanz die Gränze der wrugenmäßigen Bestrafung der Holz-Diebstähle bestimme. Hiernach wird denn auch die Observanz die obige Frage entscheiden können. Um diese auszumitteln ist eine sehr sorgfältige Nachforschung in der Registratur der Königlichen Domainen-Cammer veranstaltet und diese hat unzweifelhaft ergeben, daß die Entwendung des in der Forst bearbeiteten Bauholzes bislang zu den wrugenmäßig zu bestrafenden Delicten gezählt und nach diesem Grundsatze bestraft worden.

Insonderheit ist das nach demjenigen was die Cammer-Registratur ergiebt in Ansehung des Fürstenthums Lüneburg außer Zweifel.

Steht aber diese Observanz fest, so müssen Wir dafür halten, daß dadurch in Verbindung mit dem landesherrlichen Rescripte vom 18ten November 1796 entschieden

*) Dieses, ad acta Grabbe contra das Amt Hitzacker in puncto vorgeblicher Aufladung fremden Holzes, an die Cellische Justiz-Canzley ad mandatum regis erlassene Rescript lautet dahin:

„Daß es bei der hergebrachten Observanz, nach welcher die Entwendung von schon gehauenem und in der Forst noch aufgeklaftert liegendem Holze, zur Cognition und Bestrafung der Landgerichte gehöre, unabänderlich verbleiben und dergleichen Sachen, wenn sie bei der Justiz-Canzlei angebracht, nicht angenommen, vielmehr sofort ab- und an die Behörde verwiesen werden sollen."

sey, daß die Entwendung von zugerichtetem Bauholze aus der Forst wrugenmäßig zu bestrafen sey.

Hannover, den 9ten July 1830.

Königl. 2c.

Aus dem Justiz-Departement.

Schmidt-Phiselbeck.

An
die K. Justiz-Canzley
zu Celle.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Bemerkungen zu den in № 7. des vorigjährigen Octoberheftes am Schlusse angehängten Anfragen, das jus separationis betreffend.

Die, das jus separationis ex jure crediti seu jure hypothecario betreffende Verordnung vom 21sten November 1830 unterscheidet in ihren Artikeln I. und II. zunächst:

im Allgemeinen zwischen förmlich eingetragenen — ingrossirten — oder nicht eingetragenen, nicht ingrossirten, Hypotheken, und sodann wieder:

A. ob diese Ingrossation
1) vor, oder
2) nach der Publication der Verordnung, d. i. nach dem 15ten December, bewerkstelligt worden ist.

Ad 1. Die vor dem 15teen December ingrossirten Hypotheken haben das alte Vorzugsrecht, jus separationis ex jure crediti — in allen zur Zeit der emanirten Verordnung anhängigen, oder aber vor dem 1sten Januar 1832, förmlich erkannten Concursen.

Ist nun aber zur Zeit der publicirten Verordnung noch nicht förmlicher Concurs eröffnet, oder fällt die Eröffnung des Concurses nach dem 1sten Januar 1832, so cessirt, auch bey den, vor dem 15ten December ingrossirten Hypotheken das jus separationis ex jure crediti und tritt an dessen Stelle eine Classification inter hypothecarios privilegiatos, und zwar oben an.

Ad 2. Die nach der Emanation der Verordnung — den 15ten December 1830 — erworbenen und dabey ingrossirten Hypotheken genießen bis zum 1sten Januar 1832 auch noch des juris separationis ex jure crediti seu hypothecario, von diesem Zeitpunkte aber an hört alles derartige Vorrecht ohne weiteres auf, und werden diese Hypotheken dergestalt collocirt, wie es ceteris paribus die gesetzlichen Bestimmungen über die Rangordnung mit sich bringen.

B. In Rücksicht der — freylich constituirten — aber in das Hypothekenbuch nicht eingetragenen, nicht förmlich ingrossirten, Hypotheken, unterscheidet das Gesetz, eben so wie bey den eingetragenen Hypotheken, wiederum dahin:

1) ob die Hypothek vor dem 15ten Decbr. 1830, oder

2) ob dieselbe erst nach diesem Zeitpunkte zur Entstehung kam.

Ad 1. War die Hypothek vor der Publication des Gesetzes entstanden, aber bis dahin nicht eingetragen, so ist die Frage über den Vorzug dieser Hypothek dadurch bedingt: ob die Eintragung selbst noch vor dem 1sten Januar 1832 bewerkstelligt wurde oder nicht; im Falle der Eintragung und förmlichen Ingrossation bis zum 1sten Januar 1832, und zwar nach denen im Ge-

setze näher angegebenen Vorschriften, steht sodann diese Hypothek mit denen vor der Publication des Gesetzes ingrossirten Hypotheken gänzlich gleich; ist bis zum 1sten Januar 1832, mit einem Vorzugsrechte ex jure crediti seu hypothecario verbunden und prävalirt nach dieser Zeit inter hypothecarios privatos der zweyten Classe; ist indeß die Hypothek

Ad 2. nach der Emanation der Verordnung, den 15ten Decbr. 1830 nicht nur erst entstanden, sondern daneben auch nicht einmal ins Hypotheken-Buch eingetragen worden, so ist dieselbe für die Fälle, die das Gesetz supponirt, gar nicht zu berücksichtigen.

Nach solchergestalt zergliedertem Inhalte der Verordnung vom 21sten November 1830, publicirt den 15ten Decbr. deff. Jahres, läßt sich der mitgetheilte Fall ohne Frage mit Leichtigkeit beurtheilen, wenn der Herr Einsender desselben sich vorläufig erst der Mittheilung folgender — für die Decision desselben durchaus nothwendiger, an Ort und Stelle aber übergangener, facta unterzogen haben wird:

1. Wann ist das Darlehn von 1000 Thlrn. von J. contrahirt worden? —
2. Wann der Hof zur Hypothek gesetzt?
3. Ist die Hypothek wirklich im Hypotheken-Buche eingetragen und ingrossirt und wann?
4. Oder, wenn die Hypothek bis jetzt nicht eingetragen war, ist die Eintragung nicht jetzt noch nachzuholen? —

Nur an die Beantwortung dieser Fragen kann sich bey den factischen Prämissen des Gesetzes die juridische Conclusion knüpfen. Die gewünschte Auskunft: — Ob es eine Clausel gebe, wodurch C. den Verlust seines

Capitals verhüten könne, läßt sich eben so wenig ertheilen, indem die Anwendung von Sicherheitsmaaßregeln gegen rechtlich mögliche Nachtheile nur durch concrete, dermalen vorliegende, thatsächliche Umstände wiederum als bedingt erscheint. —

Im Uebrigen darf aber noch bemerkt werden, daß sich nach der Art, wie der beregte Fall erzählt ist, und namentlich daraus, daß der Käufer E. die Bezahlung der dem C. schuldenden Summe übernommen hat, mit einigem Grunde die Idee einer Novatio auffassen läßt, sobald bey der getroffenen Verabredung: „daß mit dem Reste des Kaufgeldes die Bezahlung der dem C. schuldigen" 1000 Rthlr. beschafft werden sollen, der Gläubiger C. zugegen war, in diesen Contract willigte, den E. zu seinem Schuldner machte und insofern ex factis concludentibus den D. zu sich ex nexu ließ. — Unter diesen Umständen würde ein neues, zwischen C. und E. dermalen errichtetes Obligations-Verhältniß zu Stande gekommen und bey der Entstehung dieses neuen Verhältnisses möchte es für den C. am rechten Orte gewesen seyn, sich mittelst einer Verbürgung der Ehefrau des E. gegen alle möglichen Unfälle des an den neuen Schuldner animo novandi geliehenen Capitals sicher zu stellen. —

In Beziehung auf das s. g. *beneficium* separationis enthält nämlich das gemeine Recht die bestimmte Vorschrift:

> daß durch die Antretung einer Erbschaft der heres die Rechte der Erbschaftsgläubiger freylich einseitig nicht abändern oder entziehen könne, sondern daß jene Creditoren den Vorzug vor den

eigenen Gläubigern des Erben allezeit anzusprechen berechtigt seyen;

L. 29. pr. D. d. pignor. et hyp.
L. 2. §. 2. D. de verbor. oblig.
L. 38. §. 5. D. de sol. et lib.

Dabey wird aber ausnahmsweise bemerkt:

daß, falls die Erbschaftsgläubiger entweder ausdrücklich erklären, dem Erben für seine Person Credit geben zu wollen, oder aber, wenn aus den Handlungen jener Gläubiger klar und ohne Zweideutigkeit hervorgeht, ut secuti sint fidem heredis, jenes Separationsrecht durch Novation verloren gehe.

L. 1. §. 10. D. de separ.
L. 2. C. d. reb. auot. judicis. possid.
Dabelow Concurs der Gläubiger S. 328 N. m. u. 329. ff.

In dieser Lage der Dinge dürfte also gegen den C. der Art. III. der Verordnung vom 21. Novbr. 1830 zur Anwendung kommen können. —

Man glaubt, den Einwand nicht fürchten zu müssen, daß in den angeführten Belegen von dem, seiner Entstehung, Fortbildung, rechtlichen Wirkungen und der Art der Anwendung nach, historisch und juristisch verschiedenen *beneficio* separationis und nicht von dem jure separationis ex jure crediti seu hypothecario die Rede sey, und daß daher jene Gesetze als unzutreffend sich darstellen; — in eventum dürfte man dagegen erwiedern: daß die angezogenen Citate lediglich die Lehre von stillschweigenden Zustimmungen in Beziehung auf mehrbesagtes Institut des beneficii separationis setzen; und daß es als etwas rein Zufälliges

genannt werden kann, wenn man allgemeine, aus dem philosophischen Theile des Rechts genommene, und unter Umständen bey jedem Verhältnisse gleichfalls anwendbare Axiome, mit irgend einer andern positiven Lehre in Verbindung gesetzt sieht.

Schladen. Gattone, Notar.

II. Ueber heimliche Eheverlöbnisse nach Osnabrückschem Stadtrechte.*)

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Die revidirte Eheordnung der Stadt Osnabrück vom Jahre 1648**) beschäftigt sich in einer doppelten Beziehung mit den heimlichen Eheverlöbnissen, nemlich:

1. in Beziehung auf diejenigen Personen, welche noch unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen,
2. in Beziehung auf diejenigen, welche bereits ihrer selbst mächtig sind.

Die zuerst erwähnten Personen sollen bei Eingehung von Eheverlöbnissen an die Einwilligung ihrer Eltern,

*) *Gerh. Ant. a Blechen:* Diss. jurid. inaug. de contrahendis et probandis sponsalibus, occasione §. phorum Demnechst K. Hinfürter ordinationis matrimonial. Osnabrug. de Ao. 1648. Harder. 1750.

**) Ordnung Eines Ehrbarn Rahts der Stadt Oßnabrügk, Wie es hinfüro bey Ehelichen Versprechnussen, Zuthetigungen, Hochzeiten, Kindtauffen, — — gehalten werden solle. Vor diesem publicirt vnd in Druck gegeben im Jahr 1618. Jetzo aber von newen revidirt: Im Jahr 1648. in 4to. 61 S. Ehe-Ordnung S. 8 — 17.

Vormünder oder nächsten Verwandten gebunden seyn. Wenn sie dennoch ohne Vorwissen, Rath und Bewilligung sich mit einander verloben, so ist ein solches heimliches Verlöbniß völlig nichtig und wirkungslos.

„Demnechst — verordnet das Gesetz Seite 11 — sol kein Geselle, Jungfrawe oder Magd, sonderlich die vngleichen Standes vnd Herkommens seyn, aus Vnbedachtsamkeit, Vnverstand der Jugend vnd vnzeitiger Brunst vnd Leichtfertigkeit, noch von andern dazu mit List eingeführet, ohne Vorwissen, Recht vnd Bewilligung der Eltern, Vormünder oder nechsten Verwandten, heimliche Heyrath oder Ehe machen, vnd sich vnter einander betrawen, Dann welcher also eine ehrliche Person, zu solcher heimlichen Vereinigung oder Betrawung, verleiten vnd verführen, vnd hernacher dieselbe beklagen, oder sonst etwa andere verhandene ordentliche Heyrath zu behindern, sich angeben würde, derselbige sol darumb mit 50. Marcken, oder viertzehentägiger Gefängniß gebußfertigt werden, vnd dazu die heimbliche Heyraths-Handlung vnd Betrawung, von Gewürden, krafftlos, todt vnd abe seyn vnd bleiben.“

Dahingegen fordert die Eheordnung bei den Kindern, die noch unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen, außer der Einwilligung derer, die dazu berechtigt sind, keine weitere Förmlichkeit, weder zur Eingehung des Verlöbnisses, noch zum Beweise desselben, und es muß daher jedes nach den geltenden Proceßgesetzen zulässige Beweismittel auch zum Beweise eines solchen Verlöbnisses für zulässig gehalten werden. Wenn dennoch häufig die Nothwendigkeit eines Zeugenbeweises

behauptet worden ist, so beruhet dieses auf einer irrigen Anwendung desjenigen, was in dieser Beziehung lediglich bei Verlöbnissen unter Personen, die ihrer selbst mächtig sind, vorgeschrieben ist, und um so weniger auf Verlöbnisse unter Personen alieni juris ausgedehnt werden kann, weil bei diesen, wenn sie vorschriftsmäßig mit Consens der Eltern oder Vormünder eingegangen sind, die Eltern oder Vormünder zugleich als Zeugen der Handlung anzusehen sind. *)

Anders verhält es sich mit den Eheverlöbnissen derer, die nicht mehr unter elterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen. Bei diesen ist zwar keine bestimmte Feierlichkeit als solche gesetzlich vorgeschrieben; und es kann daher auch von keiner Nullität des Eheversprechens wegen Nichtbeobachtung der gesetzlichen Form die Rede seyn. Allein indem das Gesetz zum Beweise derselben, falls der beklagte Theil des Eheversprechens nicht geständig ist, wenigstens zwei vollgültige, bei der ganzen Handlung von Anfang bis zu Ende gegenwärtig gewesene Zeugen erfordert: so hat es dadurch, wenn nicht die Klagbarkeit an sich, doch die Geltendmachung des Klagrechts aus einem Eheversprechen unter solchen Personen in eben dem Maaße von der Gegenwart der Zeugen abhängig gemacht, als wenn sie diese ausdrücklich für eine wesentliche Form der Handlung erklärt und als solche vorgeschrieben hätte.

„Hinfürter, — verordnet das Gesetz §. 13. — wann ein Mann vnd FrawensPerson, so ihrer selbst beyderseits mächtig, sich vnter einander vmb die Ehe, allein aus Kraft heimblicher Verlöbnüß

*) Blechen, l. c. §. X.

oder Betrawung, besprechen, vnd solches mit zweyen oder dreyen bestendigen Gezeugen, so damit bey, an, vnd über gewesen, genugsamb nicht erweisen würden, Alsdann sol der beklagte Theil, welcher der Zusage nicht geständig, ohne Mittel absolvirt, und deßhalber kein Theil mit dem Eide belegt und beschwert werden."

Bei dieser bestimmten Vorschrift, daß, wenn unter Personen, die ihrer selbst mächtig sind, aus einem Eheversprechen geklagt wird und der Kläger solches durch wenigstens zwei dabei gegenwärtig gewesene Zeugen nicht zur Genüge erweisen würde, alsdann der beklagte Theil, welcher der Zusage nicht geständig, ohne Weiteres von der Klage entbunden werden solle, geht unwidersprechlich hervor, daß jedes andere nach den sonst geltenden Proceßgesetzen gestattete Beweismittel hier unzulässig ist, mithin auch der Zeugenbeweis weder ganz, noch theilweise durch aequipollentia ersetzt werden kann.*) Es ist dies ehemals zwar sehr bestritten gewesen, und noch neuerdings ist in einem Universitätserkenntnisse angeführt worden, daß, ohnerachtet in dem Beweisinterlocute — der Eheordnung gemäß — nur der Zeugenbeweis auferlegt sei, nichts desto weniger bei der Schätzung des Werths dieses Beweises auch die übrigen in den Acten liegenden Beweisgründe mit in Betracht gezogen werden können und müssen, wie das ausdrücklich in der L. 3. §. 2. D. de testib. zu befinden sei. Allein es widerstreitet diese Ansicht offenbar dem deutlichen Inhalte der Eheordnung, welche keine andere Beweisgründe zuläßt, als die Gegenwart und Wissenschaft wenigstens zweier Zeugen. Eben

*) *Blechen*, l. c. §. XII.

deshalb kann auch bei unvollständigem Zeugenbeweise weder eine Eidesdelation, noch ein Ergänzungs- oder Reinigungseid Statt finden. Die Eheordnung schließt den Eid namentlich aus.

Es genügt ferner zum Beweise des Eheverlöbnisses unter Personen sui juris nicht jeder Zeugenbeweis, sondern nur der Beweis durch solche Zeugen, welche bei der ganzen Handlung des Eheverlöbnisses selbst von Anfang bis zu Ende gegenwärtig gewesen sind und aus eigener Wissenschaft bekunden können, daß von der einen Seite der Heirathsantrag vorgetragen, und von der andern Seite mittelst einer bestimmten Erklärung angenommen worden sei. Dieses Erforderniß hat das Gesetz deutlich dadurch ausgesprochen, daß es Zeugen des Verlöbnisses voraussetzt, welche damit bey- an- und über gewesen. Es genügen daher weder solche Zeugen, die nur über ein außergerichtliches Geständniß des Eheverlöbnisses von Seiten der Braut oder des Bräutigams Kundschaft geben können, *) noch solche, die zwar bei der Verlobung gegenwärtig gewesen sind, aber die Eingehung des Eheversprechens nicht mit ihren eigenen Sinnen wahrgenommen, sondern nur den Umständen nach als richtig angenommen haben.

Endlich müssen auch die Zeugen völlig unverdächtig seyn — beständige Gezeugen; und es können daher nahe Verwandte des klagenden Theils keineswegs für zulässige Zeugen hier gehalten werden. Auch kann die größere Zahl der Zeugen deren mangelnde Glaubwürdigkeit nicht ersetzen, weil das Gesetz wenigstens zwei beständige Zeugen verlangt.

---

*) *Blechen*, l. c. §. XIV.

Diese Grundsätze kamen vor einigen Jahren in einem in erster Instanz vor dem Stadt-Consistorium zu Osnabrück ventilirten und durch Appellationen im ersten und Beweisverfahren zur Cognition des Königl. Oberappellationsgerichts zu Celle gelangten Eheprocesse zwischen zwei bürgerpflichtigen Stadteinwohnern zur Anwendung.

Nach geschlossenem ersten Verfahren erließ das Stadt-Consistorium am 16. Mai 1828 folgenden Bescheid:

„Da das der Klage zum Grunde gelegte Eheversprechen — wenngleich dessen Wirklichkeit aus den von der Beklagtin im Personaltermine eingeräumten Umständen und den von ihr nicht verkannten Anlagen des Klägers mit großer Wahrscheinlichkeit hervorgeht — nicht ausdrücklich oder auf eine, genugsame Ueberzeugung wirkende, Weise eingestanden, ein besserer Beweis daher erforderlich ist, und dann nach der hiesigen Stadt-Eheordnung vom Jahre 1648 das Eheversprechen, wenn der beklagte Theil dessen nicht geständig,

durch drey, wenigstens zwey Zeugen, die dabey gegenwärtig gewesen,

erwiesen werden muß: so wird dem Kläger, um diesen Beweis zu führen, eine vierwöchige Präjudicialfrist, der Beklagtin Gegenbeweis und sonstige rechtliche Nothdurft vorbehaltlich, bestimmt, welchem nächst weiter erkannt werden soll."

Auf die hiergegen vom Kläger zur Hand genommene Appellation erkannte das Kgl. Oberappellationsgericht am 10. April 1829:

„daß — da die rationes decidendi des Decreti a quo vom 16. Mai v. J. nicht elidirt worden, dem angebrachten Suchen nicht Statt zu geben sei."

Der Kläger trat hierauf den Beweis durch Zeugen an, und das Consistorium erkannte mittelst einer am 26. Aug. 1830 eröffneten, ex transmisso eingeholten Sentenz für Recht:

„daß Kläger dasjenige, so ihm zu beweisen obgelegen und er sich angemaßet, wie Recht erbracht, dahero wegen Beklagtin die Ehe mit ihm durch priesterliche Trauung zu vollziehen schuldig."

In den Entscheidungsgründen wird darauf Beziehung genommen, daß 1) der eine Zeuge bestimmt und unzweideutig bekunde, daß die Productin förmlich in Gegenwart des Producenten, ferner seiner, des Zeugen, und seiner Mitzeugin, das Jawort ertheilt habe, und 2) dessen Mitzeugin aussage, daß, wiewohl sie von der Production gesprochene Wort ja oder ähnliche nicht gehört, sie doch die Einwilligung der Productin den Umständen nach als richtig angenommen und nicht anders geglaubt, als daß selbige das Jawort wirklich ertheilt habe; 3) auch diese Aussage, da sie mit der des 1sten Zeugen im Wesentlichen übereinstimme, völlig genügend sei, weil sowohl aus dem, was vorangegangen, als auch aus den nachfolgenden Umständen das von der Bekl. gegebene Jawort unwidersprechlich erhelle, und die Einwilligung überhaupt und insbesondere auch bei Verlobungen nicht gerade an das Wort ja gebunden sei, sondern eben so wohl durch andere wörtliche Aeußerungen, wie auch durch sichere Zeichen und schließende Handlungen erklärt werden könne; 4) endlich die Einreden gegen die Person der Zeugen theils verspätet vorgetragen, theils an sich unerheblich seien, indem hier, wo die Eheordnung keine zur Gültigkeit der Verlobungen erforderliche Förmlichkeit vorschreibe, sondern bloß die Art des Beweises

derselben bestimme, die volle Beweiskraft der weiblichen Zeugnisse keinen Zweifel leide, und die Anverwandschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse bei den abgehörten Zeugen nicht so nahe seien, daß diese ihrer Glaubwürdigkeit Abbruch thun könnten, und das um so weniger, da in Ehesachen auch Anverwandte überhaupt zu gültigen Zeugen geeignet seien; überdieß 5) es kein Bedenken haben könne, daß bei der Schätzung des Werths des Zeugenbeweises auch die übrigen in den Acten liegenden Beweisgründe, als die Aussagen der Zeugen unterstützend, mit in Betracht gezogen werden können und müssen.

Das K. Oberappellationsgericht hat jedoch auf die gegen diese Sentenz eingewandte Appellation nachstehendes Rescriptum de emendando erlassen:

„Nachdemmahlen nun der dem Imploraten (Kläger) per Decretum vom 16. May 1828 nachgelassene Beweis, sowohl nach den Worten dieses Bescheides, als wie nach den Bestimmungen der darin angezogenen Osnabrückschen Stadt-Ehe-Ordnung vom Jahre 1648, nur alsdann für völlig erbracht angesehen werden können, wenn der Implorat durch mindestens zwei völlig unverdächtige Zeugen darzuthun vermocht hätte, daß der Heyraths-Antrag des Imploraten in ihrer Gegenwart nicht nur der Imploratin vorgetragen, sondern auch, mittelst einer von der Letzteren, gleichfalls in ihrer der Zeugen Gegenwart, abgegebenen bestimmten Erklärung acceptirt worden sey; nun aber aus dem unter dem 12. Dec. 1829 eröffneten Zeugen-Rotul zur Genüge hervorgeht, eines Theils, daß die Mehrzahl der abgehörten Zeugen, und namentlich der testis primus, als gänzlich unverdächtige

Zeugen in diesem Rechtsstreite nicht angesehen werden können, andern theils aber auch, daß der eigentliche Act der angeblichen Verlobung keinesweges durch die erforderliche Zahl von Anfang an wirklich dabei zugegen gewesener gänzlich unverdächtiger Zeugen, und jedenfalls nicht auf die vorhin erwähnte und völlig unzweudeutige Weise, bekundet worden ist, mithin Implorat den in Frage stehenden Beweissatz in seinem Eingangs bezeichneten Umfange nicht dargethan hat, auch, nach der bestimmten Vorschrift mehrgedachter Eheordnung, der Beweis überall nicht durch einen nothwendigen Eid erfüllt, oder vorhandene Zweifel durch einen Reinigungseid beseitigt werden können; und dann, aus diesen Gründen — gegenwärtiges Rescriptum de emendando — erkannt ist: als habt ihr, unter gänzlicher Beseitigung der Sententiae a qua,

den dem Imploraten nachgelassenen Beweis für gänzlich mislungen zu erkennen, und demzufolge denselben mit der angestellten Klage gänzlich ab- und zur Ruhe zu verweisen, die dadurch vor euch erwachsenen sämmtlichen Kosten aber zu compensiren.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 4. Den 15. Februar 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Bemerkungen über die Verordnung vom 21sten November 1830 in Betreff des Separations-Rechtes ex jure crediti.

In der № 6 der juristischen Zeitung für das Königreich Hannover vom 15ten September 1831 ist auf pag. 81 eine Uebersicht der vaterländischen Gesetzgebung des Jahres 1830 rücksichtlich des Justiz-Wesens geliefert und unter litt. c. ein Auszug aus der Verordnung vom 21sten November 1830, de dato publicationis den 15ten De-

cember 1830 über das jus separationis ex jure hypothecario sive crediti.

Es ist in diesem Auszuge pure gesagt, daß das jus separationis in allen Concursen abgeschafft sey, welche nach dem 1sten Januar 1832 förmlich erkannt würden, daß es jedoch bis zum 1sten Januar 1832 bestehe, sofern keine rechtskräftige Entscheidung obstire. Ferner sagt der Ausleger der Verordnung, daß nur in allen den Concursen, welche nach dem 1sten Januar 1832 förmlich erkannt werden würden, solche Gläubiger, welche nach bisheriger Observanz ein Separations-Recht gehabt haben würden, an dessen Stelle in der 2ten Classe der Gläubiger inter hypothecarios privilegiatos an die Spitze dieser Classe gestellt werden sollen, wenn ihre Hypothek entweder schon früher ingrossirt gewesen oder sie solche vor dem 1sten Januar 1832 haben ingrossiren lassen.

Diese Interpretation der fraglichen Verordnung ist aber nach des Einsenders ohnvorgreiflichen Meinung völlig unrichtig und zwar aus folgenden Gründen:

Die Verordnung unterscheidet zwey Fälle und zwar

1. im Artikel I. die Fälle, in welchen eine Hypothek, wie die fragliche, erst nach dem Tage der Publication der Verordnung, also nach dem 15ten December 1830 erworben ist;
2. im Artikel II. die Fälle, in welchen eine solche Hypothek, wie die fragliche, (d. h. der sonst das jus separationis ex jure crediti seu hypothecario zustand) schon vor der Publication der Verordnung erworben war.

Ad 1. Solche Hypotheken, die nach dem Tage der Publication der Verordnung erworben werden, sollen das jus separationis nicht ferner haben, ausgenommen

a. wenn der Concurs, in welchem die Hypothek in Frage kömmt, schon pendent ist;
b. wenn der Concurs vor dem 1sten Januar 1832 ausbricht;

deutlicher und kürzer gesagt:

Solche Hypotheken sollen des juris separationis sich noch bis zum 1sten Januar 1832 zu erfreuen haben, wenn sie nach älteren Principien dazu qualificirt waren, denn der Fall sub a. kann gar nicht in Frage kommen, da während eines anhängigen Concurses keine neue Hypotheken auf das schuldnerische Vermögen erworben werden können.

Ad 2. Diejenigen Gläubiger, die schon vor Publication der Verordnung eine Hypothek hatten, der nach früheren Principien ein jus separationis zustand, sollen des juris separationis überall nicht mehr genießen, sondern sie sollen statt dessen in die 2te Classe der Gläubiger und zwar oben an collocirt werden, wenn sie

a. entweder ihre Hypothek bis zum 1sten Januar 1832 eintragen lassen, oder
b. solche schon früher ingrossirt war.

Vom 1sten Januar 1832 an, ist also das jus separationis völlig abgeschafft und solches nur denjenigen Gläubigern bis dahin gelassen, deren Hypotheken in dem Zeitraume zwischen dem 15ten December 1830 und dem 1sten Januar 1832 entstanden, vorausgesetzt, daß der Concurs, in welchem solches in Frage kommt, vor dem 1sten Januar 1832 förmlich erkannt ward.

Es ist also völlig unrichtig, wenn pag. 82. sub a. gesagt wird, daß das jus separationis bis zum 1sten Januar 1832 für alle in diese Kategorie gehörigen Hypotheken gültig sey.

Vielmehr ist es nur für solche Hypotheken anwendbar, die nach dem 15ten December 1830 entstanden. Die früher entstandenen und schon früher oder bis zum 1sten Januar 1832 ingrossirten, müssen sich mit der ersten Stelle in der 2ten Classe begnügen.

Eben so unrichtig ist es also auch, wenn pag. 83. gesagt wird, daß das neue Privilegium der Collocation in der 2ten Classe nur für die Hypotheken eintrete, welche in Concursen nach dem 1sten Januar 1832 profitirt werden.

Ich glaube zwar nicht, daß viele Ausleger der Verordnung in Frage, der Meinung des Verfassers der Uebersicht sein werden, doch dürfte es wichtig sein, Irrthümer in einem so geschätzten Werke, als die juristische Zeitung ist, zu berichtigen. Mit den vorstehenden Bemerkungen werden dann auch die auf pag. 111. № 7. befindlichen Anfragen über dieselbe Verordnung ihre Erledigung finden.

Eicklingen, den 9ten November 1831.

von Honstedt, Drost.

Anmerkung. Der Einsender der Uebersicht der vaterländischen Gesetzgebung vom Jahre 1830, wird durch den obenstehenden Aufsatz zwar in seiner Ueberzeugung von der unklaren Fassung der Verordnung vom 21sten Nov. 1830 bestärkt, kann dagegen der Interpretation des Herrn Drosten von Honstedt nicht beitreten. Denn daß der Art. I. des angezogenen Gesetzes, worin die Fortdauernde Gültigkeit des juris separationis ex jure crediti in anhängigen oder bis zum 1sten Januar 1832 erkannt werdenden Concursen, als Regel ausgesprochen ist, der Absicht des Gesetzgebers zufolge, nicht auf diejenigen Pfandrechte hat beschränkt werden sollen, welche erst vom Tage der Publication der Verordnung an, erworben sind, geht doch wohl mit überzeugender Deutlichkeit aus der in eben diesem Art. I. gemachten Ausnahme oder Einschränkung von obiger Regel hervor:

daß falls in einem gegenwärtig anhängigen Concurse das vorgedachte jus separationis ex jure crediti zur Zeit

der Emanirung dieser Verordnung „einem solchen Gläubiger" (i. e. welche Art. 1. im Sinne hat) bereits aberkannt wäre, es dabei sein Verbleiben behalte." Einer, erst nach Publication der Verordnung erworbenen Hypothek kann aber nicht bereits zur Zeit der Emanirung eben dieser Verordnung das ihr gebührende jus separationis aberkannt seyn. Der Gesetzgeber hat daher durch diese Ausnahme, den unklaren Ausdruck der von ihm aufgestellten Regel näher erläutert. Auch läßt sich wahrlich kein vernünftiges Motiv gedenken, warum die nach der Publication einer Verordnung, welche das jus separationis ex jure crediti aufheben will, zu erwerbenden Hypotheken, einen Vorzug vor den älteren bereits früher erworbenen Hypotheken genießen sollten. Ist nun aber die obige Interpretation der Art. I. für die richtige zu halten, so wird dadurch auch der Sinn des Art. II. näher erläutert, indem dann das darin erwähnte neu eingeführte Vorzugsrecht in der 2ten Classe für bereits vor Publication der Verordnung ingrossirte, oder bis zum 1sten Januar 1832 unter Beobachtung der gegebenen Vorschriften annoch inscribirt werdende Hypotheken, auch allererst nach dem 1sten Januar 1832 ins Daseyn treten kann und soll.

II. Ueber die Frage: wie es nach Anleitung der Osnabrückischen Concursordnung zu halten sei, wenn die Gläubiger in Bewilligung eines Nachlasses unter sich nicht einig sind?

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Das römische Recht enthält die, jedoch auf den Anfall einer insolventen Erbschaft beschränkte, Vorschrift, daß durch den von der Mehrheit der Gläubiger bewilligten Nachlaß an ihren Forderungen die Minderzahl derselben,

ohnerachtet ihres Widerspruchs, zu einem gleichen Nachlasse gezwungen wird. 1)

Erst die Praxis hat diesen Zwang, gegen die sonst geltenden Regeln von der analogen Anwendung singulärer Rechtssätze, bei jedem Concurse angenommen und die allgemeine Regel aufgestellt, daß die Minorität der Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen durch den von der Majorität mit dem Cridar gerichtlich abgeschlossenen Nachlaßvergleich gezwungen werden könne, einen gleichen Nachlaß an ihren Forderungen sich gefallen zu lassen. 2)

---

1) L. 7. §. 17 — 19. L. 8. 9. 10. pr. D. de pactis. (2, 14.) L. 58. §. 1. D. mandati vel contra. (17, 1.)
Voet, Comment. ad Pand. Lib. II. Tit. 14. §. 24.
Heffter, im Archiv für d. civilist. Prax. Bd. 10. S. 358. u. f.

2) Hofmann, deutsche Reichspraxis. §. 1216.
Dabelow, Vers. einer ausf. syst. Erläut. der Lehre vom Concurs. Th. 3. §. 330.
Thibaut, Syst. des Pandektenr. 4. Aufl. Bd. 3. §. 1220.
Puchta, über d. Concursproc. §. 208. u. f.
Grollmann, Theorie des gerichtl. Verf. §. 249.
Schweppe, Syst. des Conc. 3. Aufl. §. 19.
Pfeiffer, pract. Ausführ. Th. 3. № I. S. 1.
Ueber die von der gemeinen Praxis abweichende strengere Anwendung des Röm. Rechts bei mehreren Gerichten in der neuesten Zeit s.
A. v. Rahmer, Sammlung merkw. Entscheidungen. Bd. 2. № 21. (Präjudiz des Nassauischen Ober-App. Gerichts.)
Bopp, Mittheilungen über Gesetzgebung u. Rechtspflege rc. 3tes Bändchen S. 112 ff. (Präjudiz des großherz. Hessischen Hofgerichts zu Giessen.)
Allg. Justiz-, Camer.- u. Polizey-Fama vom 20. Decbr. 1830.
Spangenberg, pract. Erörter. Bd. 1. S. 114. (Präj. des Hannov. O. A. Gerichts.)

Auch die Osnabrückische Concursordn. vom 20. Nov. 1777 hat die Zwangnachlaßverträge im Concurse in großer Ausdehnung aufgenommen. Sie schreibt im §. 8. allgemein vor: „daß, wenn bei drohendem Concurse und desfalls erforderlichen außerordentlichen Maaßregeln von dem Gerichte ein nach Möglichkeit zu versuchender einmüthiger Vergleich zwischen dem gemeinen Schuldner und den Creditoren nicht zu Stande zu bringen ist, sondern die Creditoren in Verwilligung eines Nachlasses sich uneinig sind, alsdann unter denen, die gleiche Rechte haben, der wenigere Theil gehalten seyn soll, der Mehrheit derjenigen zu folgen, die einen gewissen verhältnißmäßigen Theil ihrer Forderungen nachlassen wollen, mit der näheren Bestimmung, daß die Mehrheit nach der Summe der unstreitigen Forderungen, oder, wenn die Summen gleich sind, nach der Zahl der Personen gerechnet, wenn aber die Gläubiger nicht gleiche Rechte haben, der Widerspruch derjenigen, die dem anderen in der Zahlungsordnung folgen, nicht gerechnet werden soll."

In Ansehung der gemeinrechtlich sehr bestrittenen Frage: welche Gläubiger der auf dem Beschlusse der Mehrheit beruhende Nachlaßvertrag bindet? ist auch die vorstehende Bestimmung der Concursordn. von vaterländischen Rechtsgelehrten, sowohl Richtern, als Sachführern, auf verschiedene Weise interpretirt worden, indem einige annehmen, daß unter den Gläubigern, welche gleiche Rechte haben, alle diejenigen, welche zu einer und derselben Classe der Rangordnung gehören, zu verstehen seien, andere hingegen behaupten, daß es hiebei nicht bloß auf den Unterschied der Classen, sondern auch

auf die in mehreren dieser Classen stattfindende Verschiedenheit der Rechte der dahin gehörigen Gläubiger ankomme, so daß nur unter denjenigen Creditoren der nämlichen Classe, welche im Falle einer Insufficienz der Concursmasse zu ihrer aller Befriedigung pro rata ihrer Forderungen den Ausfall erleiden, durch einen Beschluß der Mehrheit auf die Minderzahl dieser Gleichberechtigten, sowie die in der Rangordnung folgenden, zu einem Nachlasse gezwungen werden.

Die zuerst erwähnte Meinung beruhet auf einer bloßen Vermuthung, daß der Gesetzgeber, indem er von gleichberechtigten Gläubigern oder von solchen, die anderen in der Zahlungsordnung folgen, redet, dabei vorzugsweise die von ihm in Ansehung der Prioritätsrechte angeordnete Abtheilung der Creditoren in gewisse Classen vor Augen gehabt haben werde.

Allein es fehlt dieser Vermuthung durchaus an einem haltbaren Grunde, indem dabei auf die bloß äußerliche Bezeichnung der Classenabtheilung mehr Gewicht gelegt wird, als auf die Prioritätsrechte selbst; wohingegen die andere Meinung nicht nur die deutlichen Worte des Gesetzes, sondern auch die Analogie des gemeinen Rechts und die allgemeinen Principien der Gerechtigkeit für sich hat.

Das Gesetz redet nämlich mit unzweideutigen Worten von einer Majorität unter denen, die gleiche Rechte haben. Gleiche Rechte aber haben doch nur die Gläubiger, welche in keiner Rücksicht einer dem anderen in der Befriedigungsordnung nachstehen, sondern in dem Falle, daß sie nicht sämmtlich zu ihrer völligen Befriedigung gelangen können, pro rata, nach dem Umfange ihrer Forderungen, ihre Befriedigung zu erwarten haben. Daher kann z. B. in der Classe der Hypothekarien nur

dann von gleichberechtigten Gläubigern die Rede seyn; wenn die darin vorhandenen mehreren Gläubiger nicht nur gleichartige, sondern auch völlig gleichzeitige Pfandrechte haben, indem ja, wenn öffentliche Pfandrechte mit Pfandrechten anderer Art, oder wenn jüngere Pfandrechte mit älteren concurriren, das ältere öffentliche dem jüngeren öffentlichen vorgeht, beide vor den notariellen den Vorzug haben, und unter den letzteren wiederum das ältere vor dem jüngeren rangirt, ihnen allen aber die simplen Privathypotheken nachstehen und unter diesen ebenfalls wieder das Alter über die Befriedigungsordnung entscheidet. [5]) Mit eben so deutlichen Worten hat der Gesetzgeber allgemein den Widerspruch der in der Befriedigungsordnung nachstehenden Gläubiger für unwirksam erklärt. Nachstehende Gläubiger sind aber nicht bloß die, welche in einer späteren Classe stehen, sondern auch die schon, welche zwar zu einer und derselben Classe gehören, aber in dieser Classe nur dann, wenn erst andere Gläubiger derselben zum Vollen ihre Bezahlung erhalten haben, aus dem etwaigen Reste der Masse befriedigt zu werden verlangen können.

In diesem Sinne genommen schließt sich die gesetzliche Bestimmung weit mehr, als die zuerst erwähnte Meinung, dem gemeinen Rechte an, von welchem doch der Gesetzgeber ausgegangen ist.

Das Römische Recht nämlich bindet, zufolge der an sich klaren Vorschrift in

L. 10. pr. D. de pactis.

„Haec enim omnia in his creditoribus, *qui hypothecas non habent*, conservanda sunt."

---

5) Conc. Ord. §. 55. 56.

nur die mit einer Hypothek nicht versehenen Gläubiger an einen Mehrheitsbeschluß und spricht dadurch, wenn gleich indirect, dennoch völlig unzweideutig, als eine sich von selbst verstehende Wahrheit den Satz aus: daß die Zwangsverbindlichkeit zum Nachlaß bei den mit einer Hypothek versehenen Gläubigern gar nicht eintritt. Diesemnach sind gemeinrechtlich die Pfandgläubiger unbedingt von solchem Zwange ausgenommen und können folglich auch nicht einmal durch andere Hypothekarien von gleicher oder selbst vorzüglicherer Art gebunden werden. 4)

Zwar haben viele Rechtsgelehrte die Bestimmung in L. 10. cit. lediglich auf die Unstatthaftigkeit eines Zwanges bloßer Chirographarien gegen Hypothekarien bezogen, und den unter jenen stattfindenden Zwang der Minorität zur Anerkennung des von der Majorität beschlossenen Nachlasses analogisch auch auf den Fall, wenn die Mehrzahl der Hypothekarien von gleichen oder vorzüglicheren Rechten einen Nachlaß beschließt, ausgedehnt, und angenommen, daß alsdann die Minorität der Hypothekarien gleicher oder geringerer Art sich dem Beschluß der Mehrheit fügen müsse; 5) und es läßt sich nicht ver-

---

4) Dabelow, a. a. O. §. 557.
Thibaut, a. a. O.
Puchta, a. a. O. §. 212. S. 452.
Overbeck, Meditationen. Bd. 9. № 482.
Hagemann, pract. Erörter. Bd. 7. № 104.
Pfeiffer, a. a. O. № I. §. 2. S. 15. u. f.
und Andere.

5) *Mevius*, Discuss. levam. inop. debitor. Cap. III. §. 170. sqq.
Lauterbach, Dissert. acad. Tom. 1. disp. 60. §. 45. sqq.
Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. 2. S. 240.
Danz, Grundsf. des summar. Proc. (Ausg. v. Gönner) §. 166.
und Andere, theilweise unter verschiedenen Modificationen.

kennen; daß dieser Ansicht, welche lange Zeit, wiewohl nicht ohne allen Widerspruch,[6]) die herrschende war, auch der Verfasser unserer Concursordn. zugethan gewesen ist, indem er die befraglichen Nachlaßverträge nicht auf Chirographarien beschränkt; sondern bei allen Gläubigern, sofern sie nur gleiche Rechte haben, folglich auch bei Hypothekarien statuirt hat. Hinsichtlich derjenigen privilegirten Gläubiger, die, ohne ein Pfandrecht zu haben, dennoch im Concurse eine vorzügliche Befriedigung vor den Hypothekarien zu erwarten haben, mag der Gesetzgeber zu der ausgedehnten Vorschrift insbesondere noch durch die desfallsige Entscheidung Ulpian's in L. 10. D. de pactis, welcher zwar eine andere von Paulus herrührende Stelle, L. 58. D. mandati entgegensteht, jedoch aus triftigen Gründen vor dieser der Vorzug von den meisten Rechtslehrern,[7]) wiewohl nicht von ihnen allen ohne Einschränkungen,[8]) eingeräumt wird, veranlaßt worden seyn, so wie es sich wegen der Separatisten, nach der Natur ihres Absonderungsrechts, von selbst verstand, daß ein Zwangnachlaß ihnen nicht aufgebürdet werden konnte, weil sie beim Concurse überhaupt kein rechtliches Interesse haben und sich in denselben nicht einmal einzulassen gehalten sind.[9])

Eine weitere Ausdehnung des nothwendigen Nachlasses,

---

6) *Carpzov*, Jurisprud. forens. P. II. Const. 22. def. 28. *Berger*, Elect. disc. for. P. II. Tit. 52. §. 1.

7) *Mevius*, l. c.
Voet, Comm. ad Pand. L. II. Tit. 14. §. 29.
Dabelow, a. a. O. §. 338.
Heffter, im Archiv für d. civil. Prax. Bd. 10. S. 354.

8) Schweppe, a. a. O.

9) Pfeiffer, a. a. O. S. 18.

als auf gleichberechtigte oder weniger berechtigte Hypothekarien und persönlich-privilegirte Chirographarien läßt sich nun aber selbst aus dem Gesichtspunkte der gemeinrechtlichen Praxis auf keine Weise rechtfertigen. Wenn minderberechtigte Gläubiger die mehrberechtigten zu einem Nachlasse durch ihren Mehrheitsbeschluß zwingen könnten; so würde dadurch offenbar jenen das Mittel in die Hände gegeben seyn, auf Kosten der mehrberechtigten sich selbst zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Nichts würde jedoch der ratio legis, welche unverkennbar der in der L. 10. cit. enthaltenen Bestimmung über den Umfang der Zwangnachlaßverbindlichkeit unterliegt, nichts der Gleichheit der Rechte unter den Gläubigern, nach Maaßgabe ihrer Priorität befriedigt zu werden, mehr zuwider seyn, als eine solche Begünstigung der nachstehenden Gläubiger. Denn jenen Grund kann man, wie Pfeiffer [10]) treffend bemerkt, in nichts Anderem finden, als daß nicht der in Ansehung des Nachlaßvertrages ausnahmsweise gebilligte Zwang der Minderzahl der Gläubiger zur Anerkennung des von der Mehrzahl beschlossenen Nachlasses gegen diejenigen, welchen ihre volle Befriedigung durch besondere Vorzugsrechte gesichert ist, von solchen geltend gemacht werde, deren Forderungen mit keinem solchen Sicherungsmittel ihrer Befriedigung versehen sind, als wobei lediglich die letzteren gewinnen und die ersteren verlieren würden; solchergestalt aber neben dem, ohnehin schon gegen die Regel des Rechts eingeführten Zwange der Gläubiger dem Schuldner gegenüber, auch noch eine Verletzung der Gleichheit der Rechte unter den Gläubigern herbeigeführt werden würde.

10) a. a. O. S. 14.

Dieses ist offenbar auch der sehr vernünftige Grund der gesetzlichen Bestimmungen über den Umfang der Zwangsverbindlichkeit in unserer Concursordnung, und es läßt sich daher mit Recht behaupten, daß diejenige Ansicht, welche bei der Ausmittelung der Majorität lediglich auf die verschiedenen Classen Rücksicht nimmt, nicht nur mit den Worten, sondern auch mit der Absicht des Gesetzes in Widerspruch stehe. Sie ist daher auch noch kürzlich, in Beziehung auf einen von dem Amte Fürstenau erlassenen, von jener Ansicht ausgehenden, Bescheid von der K. Justizcanzlei zu Osnabrück, wenngleich nur in den Entscheidungsgründen, indem in anderer Rücksicht die Appellation verwerflich erschien, ausdrücklich gemißbilligt worden.

Zu der von den Vormündern der Pupillen des verstorbenen Kaufmanns H. vor dem Amte Fürstenau veranlaßten Convocation der Gläubiger des H. liquidirte die Wittwe des Kaufmanns T. eine auf eine gerichtliche Urkunde vom 10. März 1824 gestützte hypothekarische Forderung von 275 Thlrn. Wie späterhin die Vormünder ein pactum remissorium mit den Gläubigern zu Stande zu bringen suchten und zu dem Ende den mit einer öffentlichen Hypothek versehenen 70, den bloß mit einer Privathypothek versehenen 50 und den übrigen chirographarischen oder sonst nicht bevorzugten Gläubigern 15 p. C. offerirten und deshalb ein neuer Termin angesetzt war: so erklärte die Liquidantin, keinen Nachlaß eingehen zu wollen. Weil jedoch nach einer demnächst Amtsseitig aufgestellten Uebersicht des Schuldenwesens sich ergab, daß die Mehrzahl der Gläubiger aller Classen in den proponirten Nachlaß eingewilligt hatte, und das Amt dafür hielt, daß zufolge §. 8. der Concursordn.

unteren Gläubigern derselben Classe jedesmal der wenigere Theil gehalten sei, der Mehrheit derer, die für einen Nachlaß stimmen, zu folgen, ohne daß dabei ein weiterer Unterschied unter den Creditoren derselben Classe in Betracht komme: so ward mittelst Bescheids des Amts vom 18. Jan. 1826 der vorgeschlagene Vergleich gerichtlich bestätigt und solches auf dem vorschriftsmäßigen Wege bekannt gemacht.

Dieses Decret beschritt die Rechtskraft, und erst im Juni 1826 übergab die Liquidantin eine Protestation, ohne dabei ein Rechtsmittel einzulegen. Nach Ablauf von 2 Jahren trat sie abermals auf und suchte Restitutionem in integrum contra rem judicatam nach, zu deren Begründung sie behauptete, daß der Nachlaßvertrag fraudulöse erschlichen sei. Das Amt fand aber hierin keine genügende causa restitutionis und wies theils deshalb, theils wegen der größtentheils schon vollzogenen Auszahlung der Accordgelder, mittelst Erkenntnisses vom 8. Mai 1829 die Liquidantin zurück, und erklärte sie für verbunden, sich dem von der Mehrzahl der hypothekarischen Gläubiger eingegangenen und gerichtlich bestätigten pacto remissorio zu fügen.

Sie nahm gegen das Urtheil die Appellation zur Hand, und suchte nun auszuführen, 1) daß sie als älteste hypothekarische Gläubigerin, die vor allen anderen Creditoren zunächst ihre Befriedigung hätte erlangen müssen, durch die Einwilligung dieser übrigen in den proponirten Nachlaß nicht zu einem gleichen Nachlaß verbunden sei, weil der §. 8. der Concursordn. nur von gleich-berechtigten Creditoren rede; 2) daß wegen der vorgetragenen Causalien ihrem Restitutionsgesuche habe deferirt werden müssen.

Wiewohl nun K. Justizcanzlei die dem Restitutions-gesuche zum Grunde liegende Läsion allerdings darin begründet fand, daß die Liquidantin mit ihrem Widerspruch gegen den Nachlaßvertrag abgewiesen worden war: so hielt sie dennoch, wegen Mangels einer genügenden causa restit., die Appellation für verwerflich, und erließ daher am 9. Oct. 1829 das nachstehende Decretum rejectorium, in dessen Gründen das Gericht seine Ansicht darüber, wie der §. 8. der Concursordn. zu verstehen sei, deutlich ausgesprochen hat:

In Sachen — — ergebt — — zum Bescheide:

daß, wenngleich

1. die Appellantin in dem wegen eines unter den Gläubigern zu Stande zu bringenden Nachlaßvertrags auf den 13. Spt. 1825 angesetzten Termine erklärt hat, keinen Nachlaß eingehen zu wollen, und
2. der Umstand allein, daß zufolge der Amtsseitig aufgestellten actenmäßigen Uebersicht des Haarmeyerschen Schuldenwesens die Mehrheit der Gläubiger aller Classen, insbesondere der 3ten Classe in den proponirten Vergleich eingewilliget haben, die Appellantin nicht verpflichten können, diesen Vertrag sich ebenfalls gefallen zu lassen, indem nach den klaren Worten und der deutlich aus dem Gegensatz hervorgehenden Absicht der Concursordn. im §. 8. in dem Falle, wenn die Gläubiger in der Bewilligung eines Nachlasses oder Stillstandes sich uneinig sind, nur unter solchen, welche gleiche Rechte haben, der wenigere Theil gehalten seyn soll, der für den Nachlaß stimmenden Majorität zu folgen; mithin nur unter solchen, welche in der Zahlungsordnung völlig einander gleich stehen und

bei einem entstehenden Ausfalle gleichmäßig nach Verhältniß der Summen ihrer Forderungen zur Befriedigung kommen würden, die Majorität die Minorität nach sich zieht, insbesondere also in der Classe der hypothekarischen Creditoren nur unter denen, welche öffentliche Hypotheken von gleichem Alter haben, und wiederum unter denen, welche vor Notarien und Zeugen ausgestellte Pfandverschreibungen von gleichem Alter haben, und endlich unter denen, die mit gleichaltigen Privathypotheken versehen sind, die Mehrheit die Minderzahl zum Nachlaß verbindet; folglich

3. die Appellantin unter der Voraussetzung, daß ihr ein den übrigen hypothekarischen Gläubigern in der Zahlungsordnung vorangehendes Pfandrecht zustand, nicht einmal durch die Einwilligung aller dieser übrigen ihr nachstehenden Pfandgläubiger in den Nachlaß, verpflichtet wurde, denselben hierin zu folgen, sondern, ihnen vorgängig, ihre volle Befriedigung zu verlangen berechtigt war; dennoch aber

4. hierauf es gegenwärtig nicht weiter ankommen kann, weil der von der Mehrzahl am 13. Spt. 1825 eingegangene Nachlaßvertrag mittelst Bescheids vom 28. Jan. 1826 gerichtlich bestätigt, d. h. auch für die dissentirenden Gläubiger für verbindlich erklärt worden ist; und

5. dieser Bescheid, da er über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des von den dissentirenden Creditoren gegen den Nachlaß eingelegten Widerspruchs eine Entscheidung in sich faßt, mithin einen wahren Rechtsspruch über streitige Rechte enthält, allerdings der Rechtskraft fähig gewesen ist; diese auch

6. wirklich beschritten hat — —; endlich

7. zur Begründung der gegen diese Rechtskraft nachgesuchten Restitutio in integrum eine genügende Causa restitutionis nicht vorgetragen worden ist,

dieserhalb der eingewandten Appellation nicht Statt zu geben ꝛc.

Dieser Bescheid hat demnächst die Rechtskraft beschritten.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 5. Den 1. März 1832.

Bemerkung.

Durch ein, dem Königl. Cabinets-Ministerio zur Kunde gebrachtes,

Conclusum Pleni des Königl. Oberappellations-Gerichtes vom 8. December v. J.

ist beschlossen, daß die früherhin in den gedruckten vierteljährigen Designationen geschehene Bekanntmachung der gegen die Advocaten und Procuratoren erkannten Geldbußen und Verweise von nun an gänzlich abgestellt seyn solle.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Ueber die Veräußerung der res pupillares.

(Vom Herrn Notar Gattone zu Schladen.)

Die Rechtsbeständigkeit einer Veräußerung der res pupillares ist an ein dreyfaches Postulat gebunden:[1])

a) soll eine derartige Veräußerung — abgesehen für jetzt von allen materiellen Requisiten — niemals ohne vorgängiges obrigkeitliches Decret — decretum de alienando — geschehen;

b) ist die Legalität dieses Alienations-Decrets selbst an das Daseyn derjenigen factischen Voraussetzungen geknüpft, unter denen die intendirte Veräußerung gesetzlich als zulässig erscheint;[2])

c) genügt das bloße Decret, so wie das Anführen des

---

1) Die Rechtsquellen nennen in dieser Hinsicht vorzugsweise eine auf dem fundo pupillari haftende Schuldenlast, die dringend ist und bezahlt werden muß; wobey aber außer dem Verkaufe von Pupillar-Grundstücken kein anderes Auskunftsmittel zur Deckung jener Schulden sich auffinden läßt. —

2) In frühester Zeit konnte der Vormund ohne alle Einschränkung veräußern:

fr. 22. §. 1. D. d. reb. eor. qui sub. c. 22. C. d. adm. tutor. —

aus dem Inhalte der vorstehenden Pandectenstelle läßt sich diese freye Veräußerungsbefugniß der Vormünder nach altem Rechte insofern entnehmen, als in jenem Fragmente darüber gezweifelt wird, ob der Curator eines Rasenden oder sonst einer andern, nicht minderjährigen Person, eben so ungehindert alieniren könne, als der Vormund eines Minderjährigen. —

Vorhandenseyns des legaliter zulässigen Veräußerungsgrundes an sich nicht. Das decretum de alienando darf nicht erschlichen, oder auf falsche Vorspiegelungen gebaut seyn. —

Sämmtliche Sätze sind, wenigstens in Rücksicht auf die praedia rustica et suburbana, 3) seit Septimius Severus 4) auf

fr. 1. §. 2. D. de rebus eorum, qui sub tut.

fundirt:

Praeterea P. S. 5) interdicam tutoribus et curatoribus ne *praedia rustica*, vel *suburbana* distrahant, nisi id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint. — Quod si forte *aes alienum tantum* erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi; tunc Praetor urbanus adeatur, qui pro religione sua aestimet, quae possint alienari: *manente pupillo actione*, si postea poterit probari, *obreptum esse Praetori*;

---

3) Nach Dirksen's Versuchen zur Kritik der Quellen unterscheiden sich praedia rustica von pr. suburbanis darin, daß jene ausschließlich zur Benutzung der Landwirthschaft bestimmt sind, diese aber, wenn auch gerade nicht zur Agricultur destinirt, doch insofern, als sie einen Ertrag abwerfen, den rusticis, ohne Rücksicht ihrer Lage, gleichgestellt werden. —

4) Nach rechtsgeschichtlicher Computation im dritten Zeitraume; also von 660 bis Alexander Severus.

Von Septim. Severus datirt sich außer seiner oratio über das hier in Frage stehende Thema, noch ein anderer, das strenge Recht über Schenkungen zwischen Ehegatten mildernder Senatsbeschluß

Hugo Civ. Mag. B. II. S. 375.

5) *Patres Conscripti.*

durch Constitutionen der Kaiser Constantin und Justinian

c. 22. C. ult. C. d. admin. tutor.

c. ult. C. quand. decrét. op. non sit.

und namentlich durch spätere Reichsgesetze:

Policey-Ordnung v. 1577. T. 32.

ist übrigens die oben ausgesprochene bedingte Veräußerungs-Befugniß einer res pupillaris und in specie eines Pupillar-Grundstückes auf alle, das gesammte Vermögen eines Pflegbefohlnen umfassende Gegenstände ausgedehnt und cessirt somit im neueren Rechte der früher bestimmt hervorgehobene Unterschied zwischen praediis rusticis und suburbanis im allgemeinen Gegensatze zu den übrigen, nicht zu diesen gehörenden Vermögensbestandtheilen eines Pupillen. —

Schon die oratio[6]) des Kaisers Severus, welche zunächst nur von Grundstücken in der angegebenen Art redet, wurde von Ulpian im 35. Buche ad edictum einer Ausdehnung unterzogen, indem die untersagte Veräußerung in der weitesten Bedeutung des Wortes genommen und demzufolge nicht nur die Constituirung von dinglichen Rechten — Pfandrecht, Servitut u. s. w. — an Pupillarfundis als gesetzwidrig betrachtet, sondern auch die Ausschlagung eines ipso jure angefallenen

6) Oratio und Sctum wird ohne Unterscheidung gebraucht. — Die Senatsbeschlüsse wurden in der Regel durch orationes der Kaiser selbst oder des Quaestor candidatus veranlaßt; und weil diese orationes ohne Widerspruch vom Senate angenommen wurden, so erklärt sich der willkürliche Gebrauch jener Redensart.

fr. 16 u. 60 D. de ritu nupt.

Zimmern Geschichte des R. R. G. 1. §. 25.

Gewinnes mit den rechtlichen Folgen der Nichtigkeit verpönt würde.

fr. 3. §. 4. 5. 6. fr. 5. §. 1. 2. 8. D. d. reb. eor. qui sub.

Eine solche extensive Interpretation jenes Kaiser-Gesetzes ist durch die Bemerkung gerechtfertigt, daß der Mündel Eigenthümer seiner Sachen ist und bleibt und daß die Vormünder desselben, so wie der Prätor selbst, dem Pflegbefohlnen in dieser Beziehung als dritte Personen, die über jene Pupillargegenstände an und für sich nicht willkürlich disponiren können, gegenüber stehen:

Si aes alienum non interveniat, tutores tamen allegent expedire, haec praedia vendere, vel alio comparare, vel certe istis carere, videndum est, an Praetor eis debeat permittere, et magis est, ne possit: *Praetori enim non liberum arbitrium* datum est, distrahendi res pupillares.

In den Fällen nun, wo es an einem förmlichen decreto de alienando bey Veräußerungen der res pupillares ermangelt, leidet es keinen Zweifel, daß jene Alienationen gesetzlich als nichtig sich darstellen und steht es dem Pupillen nach erreichter Volljährigkeit oder aber unter dem Beytritte eines eigens für ihn bestellten curatoris ad lites noch während der Minderjährigkeit frey, jene Veräußerung ex capite nullitatis anzufechten. — Dabey haben aber die Gesetze den Zeitraum, während dessen wegen Mangels eines Alienations-Decretes jene Veräußerungen von Pupill-Gütern angefochten werden können, auf eine bestimmte Zahl von Jahren beschränkt. Die Rechtsquellen verlangen, daß der groß-

jährig gewordene Pupill binnen 5 Jahren nach dem Eintritte dieser seiner Volljährigkeit die Klage auf Nichtigkeits-Erklärung der geschehenen Veräußerung bey Verlust derselben anstellen soll:

Si *per quinque continuos annos* post impletam majorem aetatem, i. e., post viginti quinque annos connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione, minime potest retractari eam, *occasione praetermissionis* decreti, sed sic tenetur, quasi ab *initio legitimo decreto* fuisset res alienata.

c. 3. C. si major fact. alien. fact. etc. etc.[7])

Ist übrigens die gesetzliche Form berücksichtigt, ein ordnungsmäßiges Decret ertheilt, oder ist auf den Grund eines fünf Jahre hindurch beobachteten Stillschweigens des Eigenthümers der veräußerten Gegenstände, gesetzlichen Vorschriften zufolge, die Alienation so anzusehen, als wäre dieselbe ab initio legitimo decreto facta, so bleibt dem Großjährigen dann noch immer ein Mittel der Anfechtung jener Veräußerung übrig, im Fall er erweist, daß der Inhalt des decreti de alienando auf falsche Angaben gebaut, und somit jene Veräußerung, ohne alle Rücksicht auf die Form an sich nichtig ist.

Etsi Praetor Provinciae decrevit, alienandum, vel obligandum pupilli suburbanum vel rusticum praedium, tamen actionem pupillo, si *falsis allegationibus* circumventam religio-

---

7) Ob der großjährig gewordene Pupill, wenn er jenes quinquennium fruchtlos hat verstreichen lassen, gegen den daraus folgenden Nachtheil restitutio in integrum ansprechen kann oder nicht, darüber redet

Leyser Med. ad. P. V. 6. sp. 345. Med. 5.

nem ejus, probare possit, Senatus reservirit.
c. 5. C. d. praed. minor.

Die Klage auf Nichtigkeitserklärung, der durch falsche Vorspiegelungen obrigkeitlich erstatteten Veräußerung, kann gegen jeden Besitzer der Sache angestellt werden.

Sed videndum utrum in rem, aut in personam dabimus actionem; et magis est, ut in *rem* detur, non in *personam* adversus curatores vel tutores.

fr. 5. §. 15. D. d. reb. eor. qui sub.,

und die Dauer der Klage, als einer perpetuirlichen, ist die dreyßigjährige post inceptam minorem aetatem.

c. 3. C. d. praescript. 30 vel 40 annor.

Gesetzlichen Bestimmungen zufolge[8]) würde also bey einer Mannsperson mit dem 54sten, bey einer Frauensperson aber zwey Jahre früher, mit dem 52sten Lebensjahre die Klage der Verjährung anheim gefallen seyn.

Bey der kategorischen Vorschrift des gemeinen Rechts über den Anfangspunkt jener Klage

c. 3. C. 7. 39,

daß in Hinsicht auf den Ablauf desselben

non sexus fragilitas, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda .... Nam cum ad eos annos pervenerint, qui ad sollicitudinem pertinent curatoris, necessario eis similiter, ut aliis annorum triginta intervalla servanda sunt,

hat es dennoch Rechtslehrer gegeben, die den Anfangs-

---

8) Nach pr. J. 1. 22. c. 3. C. 5. 60. beschreiten bekanntlich die Männer mit dem 14ten, die Frauen aber mit dem 12ten Jahre die Mündigkeit.

punkt jener Verjährung von dem Augenblicke der erlangten Wissenschaft der Veräußerung angerechnet wissen wollen. 9)

Einsender dieses ist im Stande, die Ansichten eines Unter- und Mittelgerichts des Königreichs über die Art der eben berührten Berechnungszeit dem juristischen Publico mitzutheilen, sieht sich aber genöthigt, die Mittheilung jener Präjudize, so wie die Relation eines in die vorstehende Deduction einschlagenden Rechtsfalles bis zu einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift zu versparen. —

9) Wie z. B. *Lauterbach* coll. th. pr. tit. quib. ex caus. major. §. 12.
Huber praelect. ad Pand. eod. tit. §. 2.
Seit der Verordnung vom 29sten Octbr. 1822, Inhalts welcher die alte Controverse über die Frage: Ob bey der Extinctiv-Verjährung überhaupt bona fides auf Seiten des Verjährenden verlangt werde:
c. fin. X. de praescript.
Leyser Med. sp. 455. ob. 8.
Pufend. T. 1. obs. 115.
Strub. Bedenk. Thl. 4. S. 127.
für Hannover dahin beseitigt worden ist, daß bona fides während der ganzen Dauer der Extinctiv-Verjährung erfordert wird, bleibt übrigens dem Kläger unter Umständen noch immer ein gesetzliches Hülfsmittel wider den Verjährenden übrig.

II. Die Anwendung des §. 44. der Proceß-Ordnung für die Unter-Gerichte des Königreichs Hannover betreffend.

Der Verfasser der 2ten Abhandlung in der 7ten Nummer dieser Zeitung vom 1sten October 1831 hat einigen Unter-

gerichten darüber einen Vorwurf gemacht, daß sie in jedem Fall das in dem angeführten §. bezeichnete Verfahren eintreten lassen und indem er die Gewohnheit, sich der einfachen Vorladungen zu bedienen, bitter tadelt; den Wunsch geäußert, daß noch andere Gerichte angegeben werden mögten, welchen etwa der nämliche Vorwurf gemacht werden könne.

Auch mir ist ein Amt bekannt, bey dem man kein Bedenken trägt, in allen irgend dazu geeigneten Fällen einfache Vorladungen oder in gleicher Form bedingte Mandate zu erlassen, ohne jedoch dem Kläger schuldiges Gehör zu versagen, oder vorher seinen mündlichen Vortrag zu prüfen.

Jüngst nahm ich Veranlassung, einem der dortigen Beamten ohngefähr die nämlichen Gründe zu opponiren, welche dagegen in der fraglichen Abhandlung angeführt sind, wo mir dann zu meiner hinlänglichen Bescheidung folgende Antwort gegeben wurde.

„Man irret sich indem man behauptet, als wenn der 44. §. der P. O. dem Richter die Befugniß einer einfachen Vorladung zu erlassen nur blos dann einräume, wenn entweder der Kläger, gleichsam aus eigenem Antriebe oder von selbst, die Vorbringung seiner Klage in dem anzusetzenden Termine sich vorbehält, oder wenn der Richter keine Zeit hat, über die Klage ein Protocoll aufzunehmen, indem durch diesen §. so wenig als sonst irgend in der Proceß=Ordnung dem Richter verboten ist, dem sich zur Anbringung einer Klage bey ihm Einfindenden, in Folge seiner Ueberzeugung vorzustellen, daß vor der Hand eine einfache Vorladung oder Citation genüge und wenn dieser sodann dazu seine Einwilligung ertheilt, den ersten Act darauf zu beschränken.

Kein Fall wird von mir versäumt, wo ich eine solche Ueberzeugung habe und ich halte mich dazu um so mehr verpflichtet, weil ich aus der Erfahrung weiß, daß besonders die Landleute nach dem Empfang einer einfachen Vorladung oder Citation in dem angesetzten Termine regelmäßig erscheinen, ohne sich vorher an sogenannte Bauern-Procuratoren oder an Advocaten gewandt zu haben, welche zum Theil leider oftmals es lieber sehen, daß jene mit ihren Gegnern in Weitläuftigkeiten gerathen, als auf kurzem und friedlichem Wege zum Ziele gelangen; jene dann aber, wenn sie eine förmliche Klage erhalten, durch diese gleichsam in Schock gesetzt werden, und bevor sie erscheinen, sich bey Andern Raths erholen und nicht selten auf Abwege gebracht werden.

Eine langjährige Erfahrung, setzte er hinzu, welche so wie in allen Fällen also auch und ganz besonders in diesem die beste Lehrmeisterin abgiebt, hat mich hiebey geleitet, und daß ich nicht irre geführt bin, davon werden Sie sich überzeugen, wenn ich Ihnen eine Nachweisung darüber vorlege, wie viele Kläger seit geraumer Zeit in jedem Jahre bey unserm Amte angebracht, wie viele davon entschieden oder zum eigentlichen schriftlichen Verfahren gekommen sind.

Endlich versicherte er, nach allen ihm vorgekommenen Aeußerungen davon eben so gewiß wie von seinem Daseyn überzeugt zu seyn, daß die eines Urtheils nach ihren Verhältnissen darüber irgend fähigen Einwohner des Amts, nachdem sie die wohlthätigen Folgen des bisherigen Verfahrens kennen gelernt, wenn sie ihren Wunsch darüber zu äußern aufgefordert werden sollten, sich einmüthig für dessen Beybehaltung aussprechen würden."

Aus den mir nun zugleich vorgelegten Proceß-Ver-

zeichnissen habe ich nur blos die der drey letzten Registerjahre notirt, welche von den der vorhergegangenen Jahre wenig verschieden sind.

Solche ergeben, daß während dieses dreyjährigen Zeitraums bey dem fraglichen Amte 3001 Klagen angebracht und daß davon überhaupt nicht mehr als neunzehn Sachen zum schriftlichen Verfahren gekommen, alle andern aber entweder theils vor den Terminen abgemacht oder durch Vergleiche oder Bescheide zum Protocoll entschieden sind.

Am Schlusse jenes ersten Jahrs waren von den zum schriftlichen Verfahren gekommenen Sachen nur noch zwey, von den des folgenden Jahrs sechs und den des dritten Jahrs drey Sachen, und mit Inbegriff aller andern der frühern Jahre überhaupt nicht mehr wie sieben schriftlich verhandelte Processe im Gange.

Ich habe alle Ursache zu bezweifeln, daß die Verzeichnisse derjenigen Aemter, bey welchen man anders oder also verfährt, wie der Verfasser des fraglichen Aufsatzes anscheinlich aus bloßer christlicher Liebe verlangt, ein eben so günstiges Resultat liefere und bemerke endlich noch, um denselben in Stand zu setzen, eine Vergleichung anzustellen, daß das fragliche Amt über 11600 Einwohner enthält, daß Appellationen bey diesem höchst seltene Fälle, Beschwerden über verzögerte und verweigerte Justiz aber gegen dasselbe nie angebracht sind, mithin auch von dieser Seite betrachtet gegen besagtes Verfahren irgend etwas nicht zu erinnern ist.

Sollte übrigens dem Verfasser des diese Erinnerung veranlassenden Aufsatzes damit gedient seyn, den Namen des fraglichen Amts zu erfahren, so wird die Redaction dieser Zeitung ihm solchen nicht vorenthalten.

M. den 20. Nov. 31. M.

III. Im Fürstenthume Osnabrück kann von dem s. g. gerotteten Lande, welches nicht erst neuerlich aus der gemeinen Mark zugeschlagen worden, sondern schon von Alters her mit anderem zehntbaren Lande verbunden gewesen ist, der Regel nach, so wenig, als von jenem erst neuerlich aus der Mark zugeschlagenen, der Zehnte gefordert werden.

Hierüber hat man ein Gutachten der vormaligen Hochfürstlichen Land- und Justizcanzlei (Canzleibericht an die Hochfürstl. Regierung) vom 11. Dec. 1775 folgenden Inhalts:

Es ist in diesem Hochstifte keine allgemeine oder solche Zehntpflicht eingeführet, welche nach Anleitung der geistlichen Rechte zum Behuf der Bischöfe und Pfarrer alles, sowohl gebauetes als ungebauetes Land behafte, und daher fordert man insgemein von dem Lande, welches aus der gemeinen Mark eingefriediget und umgerottet wird, keinen Zehnten. Allein bey der Frage: ob von dem Rottlande, welches nicht neuerlich aus der gemeinen Mark zugeschlagen worden, sondern schon von Alters her mit zehntbaren Ländereyen zusammen gehangen, der Zehnte gefordert werden könne? scheint beym ersten Anblicke diese Regel keine Anwendung zu finden, indem die bewährtesten Rechtslehrer dafür halten, daß derjenige, welcher an einem gewissen Orte das Zehntrecht titulo praescriptionis hergebracht, den Zehnten auch von einem agro novali alsdann fordern könne, wenn der Neubruch mit andern zehntpflichtigen Ländereien dergestalt zusammenliege, daß beyde nur ein Ganzes ausmachten.

Berndte vom Zehntrechte. Lib. 4. Cap. 4.

Engel in jure Canonico. Lib. 3. Tit. 30. N. 12. Jedoch bey diesen Sätzen wird vorausgesetzt, daß an solchen Orten das Jus Canonicum, nach welchem alle Novalia für zehntpflichtig gehalten werden, recipirt und in usu sey und daß wohl die Frage nur allein darauf ankomme, ob der Zehnte von einem solchen Neubruche demjenigen, der sonst das Zehntrecht praescribiret hat, oder aber dem Episcopo oder Parocho loci zuzusprechen sey? da sich denn wohl mit einiger Probabilität behaupten läßt, daß derjenige, der bisher von dem einen säbaren Theile des Ackers den Zehnten genossen hat, auch denselben von dem un-umgerotteten Theile zu genießen habe, und daß also der Episcopus oder Parochus, der bisher von dem Acker nichts bekommen, davon auszuschließen sey.

Es folgt aber auch schon von selbst, daß, wo an einem Orte keine decimae ecclesiasticae universales üblich sind, auch keine decimae novalium in regula eintreten und daß also der Decimator über die wegen des Zehntens von einem Neubruche entstehende Frage in Rücksicht des Eigenthümers eines solchen Neubruchs, der den Zehnten davon zu geben weigert, diese allgemeine Regel gegen sich habe. Der bloße Umstand, daß der neugebauete Grund von Alters her mit anderm zehntbaren Lande zusammengelegen, schließet hier um so weniger auf die Zehntpflichtigkeit des Neubruchs, da die brocardica, nämlich quod una eademque res non debeat diverso jure censeri, idem quod pars major trahat ad se partem minorem, worauf diese Behauptung in einem andern Verhältnisse beruhet, nicht nur verschiedenen Einschränkungen unterworfen, sondern auch nicht stark

genug sind, um allen Theilen eines Ganzen eben dieselben Lasten aufzulegen, womit der eine oder andere Theil desselben beschweret ist.

So ist es im hiesigen Hochstifte bekannt, daß es Äcker oder Kämpe giebt, wovon einer und auch wohl der größte Theil mit der Zehntpflicht beschweret, der andere Theil aber davon befreiet ist, und der Zehntherr würde auch wohl schwerlich damit ausreichen, wenn er sich beifallen lassen wollte, von Wiesen und Holzgründen in dem Fall, da dieselbe zu säebarem Lande gemacht worden, den Zehnten aus der Ursache zu fordern, weil die übrige ganze Stätte, wozu die gerotteten Stücke als Pertinenzien gehören, zehntpflichtig sey, wie denn auch dergleichen Praetensionen schon anderwärts nach Zeugniß des Lynckers

Decis. 1168.

sind zwar selbst einem Pfarrer bey seinem Parochial-Zehnten aberkannt worden.

IV. Ueber den Beweis der Servitutes in Possessorio ordinario.

(Vom Herrn Justizrath Pagenstecher in Osnabrück.)

Wenn in Possessorio ordinario über Servituten, z. B. Marcatrechte, Jagdgerechtsame u. s. w. gestritten wird, so findet man in Proceßschriften häufig die Behauptung, daß derjenige, welcher im Besitze der Servitut zu seyn vorgiebt, zur Begründung der Manulirung einen fehlerfreien Besitz darthun müsse.

Allein diese Behauptung ist unrichtig. Es genügt vielmehr der Beweis des Besitzstandes überhaupt, die Vitia possessionis, daß der Besitzstand vi, clam oder praecario Statt gefunden habe, gehören vielmehr zu den Exceptionen des Beklagten, deren Beweis dem letzteren obliegt.

cf. v. Savigny Recht des Besitzes §. 38. pag. 431.

Es braucht mithin von Seiten desjenigen, der die Servitut in Anspruch nimmt, nur dargethan zu werden, daß er die Servitut schon von der Zeit der den Proceß veranlaßt habenden Handlung ausgeübt habe. Will der Gegner behaupten, es sey die Ausübung nicht ohne Widerspruch und Störung, oder nicht öffentlich und ohne sein Wissen, oder billigerweise nach vorgängiger Einholung seiner Erlaubniß, geschehen, so muß er den Beweis dieser Einreden führen, welche übrigens, wenn er sie nicht zeitig vorbringt und blos den Besitzstand verabredet, verloren gehen.

Nach diesem Grundsatze ist vom Königl. Oberappellations-Gerichte in Sachen Pastor Peithmann ctr. die Königliche Domainen-Cammer i. p. Jagd, und späterhin von Königlicher Justiz-Canzlei in mehreren Markensachen erkannt worden.

Bemerkung.

Vom 1. October bis letzten December v. J. sind, nach Maaßgabe des im Druck erschienenen Verzeichnisses, folgende Urtheile und Hauptbescheide vom Königl. Oberappellations-Gerichte abgefaßt und als eröffnet hinausgegeben worden.

Urtheile.

In revisionis instantia der Justizcanzley in Aurich, zur Eröffnung an die Partheien, zugesandt.

Sieben Stück.

Bescheide nach eingesehenen Acten voriger Instanzen.

Einhundert neun und vierzig, worunter 30 emendatorische und reformatorische Rescripte, 10 theils zurückweisende und theils abändernde Bescheide, 105 Rejectoria 2c.

Uebrige Bescheide.

Fünf und neunzig Stück, worunter 21 Rejectoria, 18 Desertoria, 3 Inhaesiva, 3 Denegatoria und 3 Rescripta; in 47 Sachen wurden die Acten eingefordert.

* * *

Siebenzehn Advocaten wurden immatriculirt.

* * *

Aus dem ersten Verzeichnisse des v. J., welches aus Versehen unbeachtet geblieben ist, wird hier nachgeholt, daß: 1) In revisionis instantia 2c. neun Urtheile herausgegeben sind; 2) die Zahl der Bescheide nach eingesehenen Acten 200 betragen hat, worunter 33 abändernde, 15 zum Theil abändernde und 141 zurückweisende Bescheide; 3) zweyhundert acht und achtzig sonstige Bescheide abgefaßt worden, worunter 20 Rejectoria, 23 Desertoria, 14 Inhaesiva 2c., 4) die Strafgelder 227 Thlr. Cassen-Münze betragen haben; und daß 5) sechszehn Advocaten immatriculirt sind.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 6. Den 15. März 1832.

Landesherrliches Rescript an sämmtliche Justiz-Canzleien, vom 17ten Januar 1821, wegen der Acten-Remissionen.

Georg der Vierte 2c.

Da wir wahrgenommen haben, daß von den Mittelgerichten Unsers Königreichs bey Zurücksendung der, in Civil-Processen auf eingewandte Appellation von den Gerichten erster Instanz eingeforderten Acten verschiedenartige Principien bisher beobachtet worden sind, und es eben so wünschenswerth ist, daß darunter eine Gleichheit eingeführt, als auch dasjenige Verfahren allen Unsern

Mittelgerichten zur gleichen Norm vorgeschrieben werde, welches mit dem wenigsten Aufwande von Zeit und Kosten verknüpft ist, so haben Wir Uns bewogen gefunden, folgende nähere Bestimmung deshalb zu treffen und festzusetzen:

1) Wenn auf eingewandte Appellation vollständige Appellations-Processe erkannt worden sind, es nach Lage der Sache aber für angemessen erachtet wird, den Rechtsstreit nach gefälltem Urtheile bey dem Unter-Richter fortsetzen zu lassen, so sollen zu diesem Zweck die Acten erster Instanz nicht eher zurückgeschickt werden, als bis das in der Appellationsinstanz gesprochene Urtheil die Rechtskraft erlangt hat, auch soll, dafern die Acten-Remission in dem Urtheile selbst schon bestimmt würde, solches doch nur unter dieser Beschränkung geschehen.

2) Sind bloße Compulsoriales erkannt gewesen, und es wird die Appellation nach eingesehenen Acten, wegen Unerheblichkeit der Beschwerden verworfen, so sind auch in diesem Falle die Acten nicht sogleich an den Unterrichter wieder zurückzuschicken, sondern es ist in der Regel erst abzuwarten, daß nach eingetretener Rechtskraft des rejectorischen Bescheides, die eine oder andere Parthey um Remission der Acten bittet.

3) Findet das Obergericht nach Einsicht der Acten erster Instanz es angemessener, anstatt durch Erkennung vollständiger Appellationsprozesse die Instanz förmlich bey sich zu begründen, die wahrgenommene Beschwerde blos durch eine, an den Unterrichter zu erlassende Ordination, oder ein sogenanntes Rescriptum de emendando zu heben, so sind auch in diesem Falle die Acten dem Rescripte nicht sogleich mit anzuschließen, sondern gleichfalls bis zur Rechtskraft desselben einstweilen noch zurück-

zubehalten. Da es jedoch unangemessen seyn würde, dem Richter erster Instanz unbedingt eine Ordination zugehen zu lassen, ohne ihn zu deren Befolgung durch Mittheilung der Acten in den Stand zu setzen, so ist in jedem solcher Rescripte die bedingende Clausel ausdrücklich einzuschalten:

daß erst dann, wenn nach eingetretener Rechtskraft des Rescripts die Acten erster Instanz zurückgesandt seyn würden, der Ordination gemäß weiter zu verfahren sey.

Als Ausnahme von diesen, die Regel enthaltenen Bestimmungen können jedoch die Acten, auch ohne die Rechtskraft des in der Appellationsinstanz abgegebenen rejectorischen oder reformatorischen Erkenntnisses erst abzuwarten, sofort an das Untergericht zurückgesandt werden:

1) Wenn das Rechtsmittel, was möglicherweise gegen das in der Appellationsinstanz gesprochene Erkenntniß noch ergriffen werden könnte, den bestehenden Proceßregeln gemäß, keinen Suspensiv-Effect hat,

2) Wenn die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falles es rathsam macht, früher die vom Unterrichter eingeforderten Acten an denselben zurückgehen zu lassen. Sobald daher die Fortsetzung eines concursmäßigen Verfahrens es etwa erheischt, daß der Unterrichter die eingesandten Concursacten baldigst zurückerhalte, so wird in diesem nur beyspielsweise ausgehobenen, so wie in allen übrigen ähnlichen Fällen die Rechtskraft des abgegebenen Erkenntnisses nicht erst abgewartet zu werden brauchen.

Wir gewärtigen, daß ihr diese von Uns getroffenen Bestimmungen nach künftig werdet zur Nachachtung

dienen lassen und sind euch mit gnädigstem Willen beygethan.

Hannover, den 17ten Januar 1821.

Kraft Sr. Königl. Maj. allergnädigsten Special-Befehls.

Bremer. Arnswaldt. Rumann.

Einfeld.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Die Cammeraccise von ausländischem Branntwein ist durch die Consumtionssteuer-Verordnung als aufgehoben zu betrachten, nicht aber der Cammer-Blasenzins.

Das Recht des Branntweinbrennens stand früherhin in den Fürstenthümern Calenberg, Grubenhagen und den dazu gehörigen Landestheilen in der Regel dem Landesherrn zu, welcher solches als ein Regal durch seine Cammer ausübte, die dasselbe ursprünglich durch die Aemter administriren ließ, nachmals aber solches verpachtete.

Ausnahmsweise hatten daneben die großen Städte und die adelichen geschlossenen Gerichte die Befugniß zum Branntweinbrennen in ihren Gerichtsbezirken, so weit sie solche hergebracht, gleichfalls auszuüben, jedoch unter der Beschränkung, daß der in ihren Bezirken verfertigte Branntwein nicht außerhalb des Bezirks solcher Städte und Gerichte, zum Verkauf oder zum Versellen ausgeführt werden durfte.

Daneben war die Einfuhr ausländischen Branntweins anfänglich gänzlich verboten.[1])

---

1) Gandersheimischer Landtagsabschied von 1601. Art. 51. Hannoverscher Landtagsabschied von 1639. Art. 51.

Als dieselbe späterhin gestattet wurde, erließ Herzog Johann Friedrich unter dem 26sten Jun. 1671 ein Edict, worin er verfügte, daß zur Aufhelfung des einländischen Branntweinwesens, von allen, „in seinen damaligen Landen, consumirenden fremden Branntwein ein leidlicher Impost" entrichtet werden solle; und dieses Edict wurde durch den Kurfürst Georg Ludwig unter dem 24sten Mai 1708 dahin erneuert, daß dieser Impost, „welcher nachher Cammeraccise genannt worden, von allen in Unsern Fürstenthümern Calenberg- und Grubenhagischen auch bisher dazu gehörigen Ländern consumirenden frembden oder ausländischen Branntwein, verfolglich auch demjenigen, welcher in den geschlossenen adelichen Gerichten, denen Klöstern und deren Bezirk, wie auch aus denen Apotheken und Schenken —, wird consumirt werden, die gewöhnliche Cammeraccise, nämlich von jedem Ohm Rheinisch- oder Franzbranntwein 6 Thlr., und von jedem halben Faß oder Dreiling frembden oder ausländischen Kornbranntwein 2 Thlr. ohnfehlbar zu entrichten" sey.

Durch eine Declaration Königs Georg I. vom 19ten October 1719, wurde aber der Begriff des fremden Branntweins noch dahin erweitert, daß diese Cammeraccise auch von dem in den großen Städten, aus den Klöstern und in den geschlossenen adelichen Gerichten gebraueten, außerhalb ihres Districts consumirten Branntwein ausgedehnt wurde.

Die oben bemerkter Maaßen vormals in den Aemtern für herrschaftliche Rechnung eingeführte Branntweinspacht wurde am Ende des 17ten Jahrhunderts in den meisten Aemtern aufgehoben, und einem Jeden, dem es beliebte, das Brennen und Verfellen

des Branntweins gegen Entrichtung eines Blasenzinses verstattet. 2)

Cammeraccise und Blasenzins wurden mithin als Domainen-Intraden behandelt, und als solche in den Cammerregistern, und zwar separirt, bis zur Zeit der feindlichen Usurpation berechnet. In der am 22sten Juli 1817, mit ständischer Mitwirkung und Bewilligung erlassenen Verordnung über die Consumtions- und Eingangssteuern, heißt es nun:

daß vom bevorstehenden 1sten November 1817 an, alle bisher beobachteten Gesetze und Anordnungen über Consumtions- und Eingangssteuern, Licent, Accise und andere, unter ähnlichen Benennungen bestandenen Abgaben, wodurch die Gegenstände des Verbrauchs getroffen würden, aufgehoben seyn sollten;

indessen wurde gleich im folgenden Jahre, durch ein Cammer-Ausschreiben vom 21sten Januar 1818 gesagt, daß auf die Anfrage der Cammer, das Königliche Cabinets-Ministerium es für unbedenklich erklärt habe, daß diejenigen in den Amtsregistern zu berechnenden Domanialgefälle, welche während der bis zum 1sten November 1817 provisorisch bestandenen Steuern nicht gehoben worden, nunmehr und zwar vom 1sten November 1817 wiederum gehoben werden sollten, und wurde ausdrücklich hinzugefügt:

„Zu den neben den neuangeordneten Steuern hergestellten Domanialintraden gehört unstreitig die unter dem Namen der Cammeraccise und des Cammerblasenzinses bekannte Abgabe von aus- und einländischen Branntwein."

---

2) Cammer-Ausschreiben vom 30sten Mai 1706.

Dessenungeachtet ist die Frage, ob diese Abgaben noch neben den neuangeordneten Steuern, von der Cammer haben erhoben werden können, Gegenstand processualischer Verhandlungen geworden, deren rechtskräftiges Resultat dahin gegangen ist, daß der Cammerblasenzins allerdings noch als Domanialintrade erhoben werden könne, dagegen die Cammeraccise als aufgehoben zu betrachten sey, und die Domainen-Cammer sogar dasjenige, was sie in Gemäßheit jenes Cammerausschreibens erhoben, zu restituiren gehalten sey.

I.

Cammer-Blasenzins.

In Betreff desselben ist, in Sachen der fünf Branntweinbrenner zu Osterwald, Amts Ricklingen, des Kleinköthners Heinrich Niemeyer und Consorten, Kläger, wider den Anwald der Königlichen Domainen-Cammer, wegen des Amts Ricklingen, Beklagten, in puncto erlegten und geforderten Blasenzinses, von der Justiz-Canzlei zu Hannover unter dem 10ten Mai 1830 folgendes Erkenntniß abgegeben:

„Demnach durch den Eingang der Verordnung vom 22sten Juli 1817 nur die wahren Consumtions- und Eingangs-Steuern, nicht aber diejenigen Gerechtsame der Landesherrschaft und der Privaten, deren Ursprung nicht in der Steuergewalt, sondern in andern Gründen zu suchen ist, als aufgehoben anzusehen sind, der streitige Blasenzins aber, — — — nach unverwerflichen historischen Zeugnissen — — — nicht als eine Abgabe von der Consumtion des Branntweins, sondern nach Aufhebung der, der herrschaftlichen Cammer zustehenden Verpachtung des Branntweinbrennens, als ein Zins für die Concession zum Brennen von jeher gegeben ist, diesemnach aber

derselbe offenbar nicht unter die Abgaben zu rechnen ist, welche durch die Verordnung vom 22sten July 1817 aufgehoben sind, so werden Kläger mit der angebrachten Klage ab- und zur Ruhe verwiesen und in sämmtliche Kosten dieses Processes verurtheilt.

II.

Cammer-Accise.

Ueber deren Fortbestand oder Nichtfortbestand dieser Abgabe ist dagegen folgender Rechtsstreit ventilirt:

Auf die Weigerung der Weinhandlung Ahles in Hannover, die von auswärtigem Branntwein, von ihr geforderte Cammer-Accise zu entrichten, brachte der Cammerregistrator F., im Auftrage der Cammer, bei dem Gerichtsschulzenamte zu Hannover, ein auf das Cammerausschreiben vom 21sten Jan. 1818 gestütztes Gesuch gegen dieselbe ein, auf welches er unter dem 10ten März 1818, ein Mandatum sine clausula erwirkte, mittelst welchem der beklagten Weinhandlung aufgegeben wurde, die vom 1sten November 1817 rückständige Cammeraccise, sammt Kosten, binnen 14 Tagen, bey Strafe der Execution zu bezahlen!

Statt sich gegen dieses unbedingte Mandat der Einrede der Erschleichung zu bedienen, brachte vielmehr die Beklagtin bey demselben Gerichte eine Provocatio ad agendum ein, indem sie dem Kläger die weitere Ausführung seines Rechts zu injungiren bat, und die Nothwendigkeit einer weitern Verhandlung zu zeigen versuchte. Es wurde jedoch von dem Gerichtsschulzenamte hierauf zum Bescheide ertheilt, daß da die geforderte Abgabe sich auf das allegirte Cammerausschreiben gründe, mithin es einer weitern Verhandlung nicht bedürfe, es bey dem Decrete vom 10ten März 1818 sein Bewenden behalte.

Dieses Decret wurde sowohl in der Supplications-Instanz mittelst Inhaesivi vom 12ten Jun. 1818, als auch in der Appellations-Instanz, von der Justiz-Canzley zu Hannover mittelst Rejectorii vom 6ten April 1819 bestätigt.

Die beklagtische Weinhandlung zahlte nunmehr, die vergleichsmäßig auf den Betrag von 4 Thlrn. monatlich bestimmte Cammeraccise von ihren Vorräthen an fremdem und ausländischem Branntwein, vom 1sten November 1817 bis März 1827, verweigerte aber hierauf die Bezahlung derselben von neuem.

Somit trat der Cammeranwald unter dem 29sten December 1828, bei dem Stadtgerichte zu Hannover wiederum klagend gegen dieselbe auf, indem er sich zunächst auf eine angebliche Rechtskraft des Rejectorii vom 6ten April 1819, und der durch dasselbe bestätigten Bescheide des vormaligen Gerichtsschulzenamts bezog, und als in der Vernehmlassung der Beklagtin, das Recht der Cammer, Cammeraccise fortzuerheben, in Bezug auf den Eingang der Verordnung vom 22sten Jul. 1817 bestritten wurde, in der Replik unter Bezugnahme auf die oben allegirten Verordnungen und Cammerausschreiben zu zeigen suchte, daß jene Cammeraccise, als Domanialintrade, von den Bestimmungen jener Verordnung nicht getroffen werden könne. Ihrerseits hatte dagegen die beklagtische Weinhandlung in ihrer gedachten Vernehmlassung die Existenz einer gegen sie eingetretenen Rechtskraft außerdem widersprochen, und derselben eine Widerklage angehängt, mittelst welcher sie das bereits Gezahlte zurückforderte, und welche sie zunächst auf den Umstand, daß sie, wegen Mangels einer gesetzlichen Zahlungsverbindlichkeit, diese irrthümlich gezahlte Summe condiciren könne,

eventuell aber auch darauf, daß der Kammer die actio doli entgegen stehe, weil sie den Bestimmungen der Verordnung vom 22sten Jul. 1817 entgegen, das Cammerausschreiben vom 21sten Jan. 1818 erlassen habe, zu begründen versuchte. Nachdem nun der klagende Cammeranwald die Zulässigkeit der actio doli bestritten hatte, weil dieselbe, theils wegen Mangels eines doli unstatthaft, theils auch verjährt sey, so erkannte das Stadtgericht unter dem 19ten Februar 1830 dahin

„A. in der Vorklage:

Demnach des Klägers Anspruch

a. insoweit derselbe sich auf eine res judicata stützen soll, um deswillen unbegründet ist, weil nicht eadem res zur Entscheidung vorliegt, indem die Materialien der hier vorliegenden Rechtsfrage in dem angezogenen frühern Rechtsstreite blos bei Gelegenheit und in Beziehung auf das von der beklagten Weinhandlung einzig und allein zur Frage und resp. Beschwerde gezogene formelle Verfahren des ehemaligen Königlichen Gerichtsschulzenamtes zur Erörterung und resp. Beurtheilung in den Entscheidungsgründen der angezogenen richterlichen Erkenntnisse gekommen sind;

b. so viel aber die anderweite Begründung des klägerischen Anspruchs durch die vom Kläger zu diesem Behufe allegirten Cammerausschreiben, Verordnungen und Gesetze anlangt, diese um deswillen mangelhaft erscheint, weil durch die Consumtionssteuer-Verordnung vom 22sten Jul. 1817 allerdings sämmtliche im Königreiche bestandene Abgaben, wodurch die Gegenstände des Verbrauchs getroffen werden und die insofern beobachteten Gesetze aufgehoben

sind, die von dem Kläger versuchte restrictive Erklärung dieses Gesetzes aber durchaus unbegründet und unzulässig ist, das — vom Kläger in Bezug genommene Cammerausschreiben vom 21sten Jan. 1818 endlich, wenn es auch unter der Autorisation des Königlichen Cabinets-Ministerii publicirt worden, dennoch der obengedachten Consumtionssteuer-Verordnung zu derogiren nicht vermag, da es kein vom Landesherrn erlassenes Gesetz ist,

so wird der Kläger mit dem erhobenen Anspruche ab- und zur Ruhe verwiesen.

B. Was sodann die Widerklage betrifft:

Demnach hier die Widerbeklagte Cammer der Vorwurf des dolus um deswillen allein, daß sie die vorhandenen Gesetze falsch interpretirt und ein ihr vermeintlich noch zustehendes Recht bislang verfolgt und geltend gemacht hat, nicht treffen kann, eine weitere bösliche Absicht derselben aber vom Widerkläger nicht einst vorgeworfen worden ist und der von demselben behauptete Irrthum für sich allein zur Condiction des Gezahlten nicht hinreicht:

so wird der Widerkläger mit dieser seiner Widerklage ab- und zur Ruhe verwiesen.

Die aufgewandten Kosten dieses Verfahrens endlich, werden, des wechselseitigen Sieges halber, compensirt."

Gegen diesen Bescheid nahmen beide Parteien unter Wiederholung der von ihnen, in der ersten Instanz resp. vorgebrachten Gründe und Ausführungen die Appellation an die Justizcanzlei zu Hannover zur Hand.

Der klagende Cammer-Anwald beschwerte sich darüber:

1. daß er mit dem erhobenen Anspruche abgewiesen, und

2. daß die Kosten compensirt seyen;

Die beklagtische Weinhandlung dagegen:

1. daß sie mit der Widerklage abgewiesen, und
2. die Kosten compensirt seyen.

Unter dem 1sten November 1830 erkannte die Justiz-Canzley auf die Appellation des Cammer-Anwalds rejectorie dahin:

„da das Stadtgericht die Einrede der bereits rechtskräftig entschiedenen Sache mit Recht verworfen hat, indem abgesehen davon, daß das Object des jetzigen Rechtsstreits mit dem des frühern nicht identisch ist, über die jetzt vorliegende Streitfrage kein, nach vorheriger Verhandlung unter den Parteien definitiv entscheidendes Erkenntniß abgegeben, dann aber die Cammeraccise keinesweges als eine bloße Domanial-Intrade oder als ein Regal anzusehen, vielmehr nach der Verordnung vom 24sten Mai 1708, wo sie ein Impost genannt wird, als eine eigentliche, vom Landesherrn zur Begünstigung des inländischen Branntweinbrennens eingeführte Auflage anzusehen, und mithin zu den, durch die Königliche Verordnung vom 22sten Jul. 1817 aufgehobenen Abgaben zu rechnen ist, diesem Gesetze aber durch das Cammer-Ausschreiben vom 21sten Jan. 1818 nicht derogirt werden konnte,

so steht der Appellation, deren Kosten Appellant zu tragen hat, nicht zu deferiren."

Dagegen auf die Appellation der Weinhandlung reformatorie folgendermaaßen:

„Da, wenn gleich die actio doli allerdings als verjährt anzusehen seyn würde, selbige jedoch nur eventuell zur Hand genommen ist, nun aber, da der unbedingte Mandatsproceß stattgefunden, die

Anstellung des separati statthaft ist, dann das Stadtgericht mit Recht angenommen hat, daß die Cammeraccise durch die Consumtionssteuer-Verordnung aufgehoben sey, folglich ohne rechtlichen Grund die fragliche Abgabe erhoben ist, demnach aber Appellantin das Bezahlte mit der condictio sine causa mit Beifall der Rechte zurückverlangen mag, und dann — rescriptum de emendando erkannt ist, so hat das Stadtgericht — mit Abänderung des Erkenntnisses vom 19ten Februar d. J., insoweit dasselbe die Widerklage bezielt, den Appellaten schuldig zu verurtheilen, der Appellatin die von ihr im frühern Verfahren erlegte Cammeraccise, so wie die, seitdem bis zum Anfange dieses Rechtsstreits bezahlte, nachdem der Betrag der letztern gehörig constatirt seyn wird, zurückzugeben und die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten."

Wenn nun gleich der Cammer-Anwald gegen diese beiden Entscheidungen die Appellation ad Summum Tribunal zur Hand nahm, und seine Beschwerden darin setzte:

1. daß in der Vorklage seine Appellation verworfen,
2. dagegen in der Widerklage, ein abänderndes Rescript erkannt worden,

so ward diese Appellation dennoch von dem Oberappellationsgerichte, unter dem 22sten November 1831, ob non elisas rationes decidendi decretorum a quibus verworfen und die Entscheidung der Justizcanzlei lediglich bestätigt.

K. Ein Interimswirth ist nicht verpflichtet, Pachtungen, die er als Gemeindeglied auf eigene Gefahr übernommen, dem Anerben bey Abgabe der Wirthschaft abzutreten.

Der Einwohner Wolter zu W., Amts Hitzacker, schloß als Interimswirth auf der Grimmelschen Stelle, in Verbindung mit den übrigen Orts-Eingesessenen, einen Pacht-Contract über zwey herrschaftliche Grundstücke (die Schäferey Grünhagen und Wüsteney-Dasenek) mit Königl. Cammer, auf eigene Gefahr und Rechnung, indem er weder die Vormünder des Anerben, noch das Amt, um Genehmigung anging. Als er dann nach einer Reihe von Jahren die Regierung der Stelle contractmäßig an den Anerben abtrat, verlangte dieser gleichfalls die Abtretung des deregten Pacht-Contracts, weil derselbe einen ansehnlichen Gewinn abwarf, erhielt auch vom Amte Hitzacker ein obsiegliches Erkenntniß.

Der Einwohner Wolter wandte sich indessen dawider appellando an Königl. Justiz-Canzley zu Celle und erwirkte ein emendatorisches Rescript vom 3. May 1830 nachfolgenden Inhalts: „Wenn nun gleich aus dem in dem ad acta gebrachten Pacht-Contracte über die rc. gebrauchte Ausdrücke, daß besagte Cammer-Ländereien den Hauswirthen in W. verpachtet worden, anscheinend gefolgert werden könnte, daß, da der Appellant nur in seiner Qualität eines Interimswirthes als Hauswirth zu betrachten, mit der Beendigung der Interimswirthschaft auch die Hauswirthschaft und somit das durch diese letztere bedingte Pachtverhältniß aufhören müßte, da jedoch die gedachten Pachtgegenstände dem Appellanten, ohne weitere Bezugnahme auf sein Interimswirth-

schaftliches Verhältniß verpachtet worden, die Eingehung des Pachtverhältnisses aber ganz unabhängig von der Interimswirthschaft war, und dann auch an die Stelle des eigentlichen Pächters als persönlich Berechtigten und Verpflichteten wider dessen Willen kein Anderer substituirt werden darf, und aus diesen Gründen — — gegenwärtiges Rescript erkannt worden" ꝛc.

Eine, appellatischer Seits versuchte, Leuterung blieb erfolglos. Das Rejectorium vom 22. July 1830 verdient wegen der darin enthaltenen gründlichen Widerlegung aller Rechtfertigungsgründe der Leuterung vollständige Mittheilung: — — „Nachdemmalen der Interimswirth zu weiter nichts verbunden ist, als was er im Interimswirthschafts-Contracte zu leisten übernommen hat, zu solchen Leistungen die Abgabe der Grünhagener und Dasenecker Pachtung keinesweges gehört, der Pacht-Contract auch nicht bestimmt, daß den Eingesessenen zu W. die fragliche Pacht zum Besten ihrer Höfe überlassen sey, vielmehr aus demselben klar hervorgeht, daß nur die darin benannten Personen als Pächter angenommen sind, und daher auch nur diese aus demselben Rechte erworben haben, der Umstand aber, daß der Leuterat gegenwärtig kein Hauswirth mehr ist, für den Leuteranten völlig gleichgültig ist, indem nur die Verpächterin, oder die Mitpächter, wozu Leuterant nicht zu zählen ist, möglicherweise wegen einer vielleicht eintretenden Unsicherheit des Leuteraten auf Sicherstellung wegen der von denselben mitübernommenen und im Pachtcontracte enthaltenen Verpflichtungen anzutragen berechtigt seyn würden: so kann der völlig frivolen und gegen alle Rechtsgrundsätze anstoßenden Leuterung keine Statt gegeben werden" ꝛc.

Miscelle.

Juristerey, wie sie in den alten Rechtsbüchern der Römischen Heyden verfaßt und beschrieben, ist eine feine gute Facultät; aber jetzt giebt man sich nur auf die Practik, verwirret die Sachen, nachdem mancherley Bräuche der Gerichte sind, schiebet und ziehets auf, hackt allerley Hundshaar mit ein. Die alten Rechte liegen unter der Bank, und einem jeglichen Zungendrescher und Procurator wird sein Muthwillen gestattet, der bringet die armen Leute ums Geld, hetzt sie in einander, damit er etwas heraus schneide und reich werde, und ist des Rechtens kein Maaß noch Ende. Darum ists gar eine gefährliche Vocation und Stand; nicht, daß die Rechte unrecht wären, sondern des schändlichen Mißbrauchs halben.

Ihr Juristen wollt uns Prediger gar unterdrücken; aber es stehet geschrieben Psalm 110, 4: Du bist ein Priester in Ewigkeit. Dabey wird und solls wohl bleiben, wenn der Teufel und die Welt noch so sehr tobte und wüthete.

(Dr. M. Luthers sämtl. Schriften ed. Walch Th. 22 Cap. LXVI.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 7. Den 1. April 1832.

Modification der Hildesheimischen Provincialgesetze in Betreff der Reunionsklagen gegen Brinksitzer.

1. Landesherrliches Rescript an die Regierungs-Deputation zu Hildesheim v. 26. July 1803, um Bericht über eine den obigen Gegenstand betreffende Vorstellung mehrerer Brinksitzer zu großen und kleinen Döhren.

Von Gottes Gnaden Friedrich Wilhelm, König von Preußen ꝛc. Unsern gnädigen Gruß zuvor Veste und Hochgelahrte Räthe, liebe Getreue! Indem Wir Euch die (zur?) Berichts-Erstattung anhero remittirte

Immediatvorstellung der Brinksitzer Christoph Sott und Consorten zu gr. und kl. Döhren vom 13ten d. M., worin um Verfügung wegen Beibehaltung ihrer Brinksitzerhäuser gebeten wird, originaliter sub lege remissionis hierneben zufertigen, ertheilen Wir Euch zugleich den Befehl: über die Contenta dieser Vorstellung überhaupt und insbesondere über die Natur und Eigenschaft der qu. Brinksitzerstellen, ausführlich anhero zu berichten, desgleichen sämmtliche Akten der bei den Untergerichten pendenten Processe wider die Brinksitzer, puncto reluitionis zu avozieren und zu prüfen, ex quo fundamento geklagt worden, auch, wenn bereits in einzelnen Processen erkannt seyn sollte, die Abschrift der Sentenzien einzusenden, ferner Auskunft einzuziehen, ob vor der Besitznahme der Entschädigungsprovinzen dergleichen Reluitions-Processe vorgekommen, und welche Grundsätze bei den Entscheidungen angenommen worden; endlich die Verfügung zu treffen, daß alle diese Processe bis zur Final-Erledigung des Gesuchs sistirt werden.

Sind Euch mit Gnaden gewogen.

Berlin, den 26. July 1803.

Auf Sr. Königl. Maj. Allerg. Special-Befehl.

(unterz.) Goldbeck.

An
die Regierungs-Deputation
zu Hildesheim.

2. Bericht der Regierungs-Deputation über denselben Gegenstand vom 5ten November 1805.

Die Regierungs-Deputation in Hildesheim berichtet ad rescript. clementiss. vom 26. Juli 1803 über die

Vorstellung der Brinksitzer in großen und kleinen Döhren, wegen Reunion der von ihnen bebaueten Hofplätzen.

Um Ew. Königlichen Majestät allerhöchsten Befehl vom 26sten Juli d. J. vollständiger befolgen zu können, haben wir sofort sämmtlichen Untergerichten der hiesigen Provinz aufgegeben, diejenigen Acten, welche gegen Brinksitzer über Reunion abgerissener Hofplätze verhandelt sind, aufzusuchen und einzusenden. Die schlechte Beschaffenheit der meisten älteren Registraturen der Untergerichte mag aber die Ursache davon seyn, daß wir die Berichte über die Aufsuchung solcher Acten von den meisten Untergerichten erst spät, von einigen sogar bis jetzt noch nicht erhalten haben. Den im allerh. Rescripte vom 26. Juli c. von uns erforderten Bericht haben wir daher bis jetzt noch nicht erstatten können, und erstatten solchen auch jetzt nur unter dem Vorbehalte, im Fall aus den noch von einigen Untergerichten einzusendenden Acten etwas zur Aufklärung der Sache dienliches hervor gehen sollte, solches allerunterthänigst nachfügen zu dürfen.

Die Gesetze, von deren Anwendung die supplicirenden Brinksitzer Gefahr befürchten, sind der §. 85. der hiesigen Policey-Ordnung vom Jahre 1665 und §. 28. der hiesigen Dienstordnung von 1730, wovon wir zur schnelleren Uebersicht eine Abschrift allerunterthänigst beifügen.

Die Unzertrennlichkeit der Bauergüter der hiesigen Provinz ist der Grund, auf welchem diese beiden Gesetze beruhen — ein Grund, der in die hiesige Provincialverfassung zu genau verflochten ist, als daß die Gesetzgeber nicht dessen Aufrechthaltung sich zum beständigen Augenmerke hätten machen sollen —!

Die hiesigen Bauergüter sind nämlich, mit Ausnahme der weit geringeren Zahl der gänzlich freien Grundstücke, welche daher auch nicht unter der Kategorie der obigen Gesetze stehen,

1. kein freies Eigenthum der Besitzer, sondern denselben nach Meierrechten in Cultur gegeben. In diesen Verhältnissen hat der colonus ein erbliches Nutzungsrecht an dem ihm in Cultur gegebenen Gute, gegen Leistung eines unveränderlichen jährlichen Meierzinses, welcher der Regel nach in Kornfrüchten besteht. Er muß die zur Bewirthschaftung des Gutes erforderlichen Gebäude erbauen und erhalten, wovon er also Eigenthümer ist, und das inventarium anschaffen; der Gutsherr, oder derjenige, von welchem er das Gut in Cultur hat, behält dagegen das Grundeigenthum des Meiergutes. Eine nothwendige Folge dieses Verhältnisses ist die, daß der colonus, der nur ein erbliches Nutzungsrecht hat, gar nicht befugt ist, über das Grundeigenthum zu disponiren, und davon zum Nachtheile des Gutsherrn etwas zu veräußern. Die Bauergüter sind

2. auch dienstpflichtig, d. h. es muß von denselben nach Verhältniß der dazu gehörenden Zahl von Aeckern, ein bestimmter Herrendienst, mit den Pferden, oder durch Arbeit mit der Hand, geleistet werden. Da dieser Herrendienst eine auf dem Gute haftende Reallast ist, so folgt auch daraus, daß durch Veräußerung kein Theil des Guts dieser Reallast entzogen werden kann, wenigstens in einem solchen Falle, mit Zustimmung des Dienstberechtigten, der zu leistende Herrendienst zwischen dem zu veräußernden Theile und dem übrig bleibenden Gute verhältnißmäßig vertheilt werden müsse. Endlich

3. müssen von jedem Bauergute Steuern entrichtet

werden, von welchen wenigstens ein Theil nicht auf die einzelnen Aecker vertheilt sind, sondern auf dem ganzen Inbegriff des Gutes haften, oder von dem auf die Bewirthschaftung zu haltenden Viehe bezahlt werden. —

Um dieser dreifachen Verbindlichkeit genügen, um sowohl dem Gutsherrn die Meierprästanda entrichten, als auch den Herrendienst leisten und die Steuern tragen zu können, muß das Gut in dem Stande bleiben, nach dessen Verhältnisse jene dreifachen Prästationen einmal festgesetzt sind. Veräußerungen einzelner Theile oder Zersplitterungen des Guts, ohne Einwilligung des Dienst- und Gutsherrn (mit deren Zustimmung allenfalls eine andere Vertheilung jener Lasten gemacht werden könnte) — dürfen daher nicht stattfinden; weil sonst sehr leicht der Fall eintreten könnte, daß durch solche Zersplitterungen, insofern jene Lasten ungetheilt auf dem Gute liegen bleiben, das Gut selbst so sehr geschwächt würde, daß davon weder die Meierprästanda entrichtet, noch die erforderlichen Pferde zur Leistung des Herrendienstes gehalten werden könnten.

Aus diesen Gründen ist die Unzertrennlichkeit der Bauergüter als Grundsatz in den hiesigen Provincialgesetzen festgestellt, alle Arten Veräußerungen der zu dem Inbegriff solcher Güter gehörenden einzelnen Theile, ohne Zustimmung des Dienst- und Gutsherrn verboten, die darüber errichteten Contracte für nichtig erkläret, und nicht allein dem Guts- und Diensthern, sondern auch dem veräußernden Colonus selbst und dessen Erben das Recht gegeben, auf die Reunion der veräußerten einzelnen Theile des Guts zu klagen. Der §. 28. der Dienstordnung ist das jüngste Gesetz, welches diese Disposition enthält. Dasselbe verstattet die Reunionen der integrirenden

Theile der dienstpflichtigen Höfe, welcher Qualität sie immer sein mögen, also ohne Unterschied, ob davon der Herrendienst mit Pferden, oder nur mit Handarbeit, geleistet wird, ob solches also Voll- und Halbspänner-, oder nur Kothhöfe sind. Dasselbe Gesetz setzt das Jahr 1665, in welchem durch die damals publicirte Polizeiordnung zuerst Veräußerungen der Art verboten wurden, als Normaljahr für die Reunionen fest, und verstattet nur die Reunion der seit diesem Jahre abgerissenen Pertinenzien, obgleich in der Polizeiordnung §. 85. und 89. auch die vor Publication derselben errichteten Contracte der Art für nichtig erklärt sind.

Das Gesetz schränkt übrigens die Reunion nicht auf einzelne Gattungen der abgerissenen Theile ein, sondern verstattet solche für sämmtliche integrirenden Theile des Guts. Insofern daher auch der Hofplatz oder der zu einem solchen Gute gehörende Garten wohl unstreitig zu den integrirenden Theilen des Gutes gerechnet werden müssen, stehen auch diese unter der Disposition des obigen Gesetzes, und können daher, wenn sie ganz, oder theilweise vom Gute abgerissen sind, zu denselben unter dem im Gesetze vorgeschriebenen Bestimmungen, reunirt werden. Daß ein solcher Platz, nach dessen Abreißung vom Hauptgute vom Acquirenten mit einem Hause bebauet worden, kann wohl das Recht des Gutsherrn, Dienstherrn oder Besitzers des Hauptguts, auf Reunion des Platzes zu klagen, nicht aufheben; sondern hat allein zur Folge, daß der Werth des erbaueten Hauses als eine Melioration, nach einer davon aufzunehmenden Taxe, dem Besitzer desselben bezahlt werden muß.

In neueren Zeiten, vorzüglich seit 10 — 15 Jahren, wo der Werth der Grundstücke in hiesiger Provinz be-

trächtlich gestiegen ist, haben Besitzer von Bauergütern von dem ihnen gesetzlich zustehenden Rechte, auf Reunion abgerissener Pertinenzien zu klagen, und dadurch für einen, nach Verhältniß des gegenwärtigen Werths, geringen Preis, Grundstücke wieder zu ihrem Gute zu bringen, häufiger, als vorher, Gebrauch gemacht. Dadurch haben sich Processe über Gegenstände der Art seit kurzem außerordentlich vermehrt. Unter solchen sind nun freilich auch Processe gegen Brinksitzer, über Reunionen abgerissener und seitdem bebaueter Hofplätze, aber keinesweges in der Menge, wie die bei Ew. Königl. Majestät supplicirenden Brinksitzer vorgeben. Daß auch Reunionen dieser letzten Art, nicht so häufig vorkommen können, als angegeben ist, folgt aus dem Verhältnisse der Brinksitzer, über welches wir folgendes allerunterthänigst bemerken.

Brinksitzer sind diejenigen Landbewohner, welche sich später in den Dörfern angebauet haben, kein eigenthümliches Bauergut besitzen, und nicht zu der gesellschaftlichen Verbindung, welche in jedem Dorfe unter dem Namen Gemeine existirt, gehören. Sie besitzen der Regel nach keine Länderei, als nur insofern, vielleicht wenigen unter ihnen einzelne Stücke Erbländerei zu Theil geworden sind, sie dürfen daher, und weil sie nicht zur Gemeine gehören, nicht anders Vieh auf die Gemein-Weide treiben, als wenn ihnen die Gemeine solches durch bestehende Verträge bewilligt hat. Ihre Bestimmung ist daher nicht der Ackerbau, vielmehr müssen sie ihren Unterhalt durch Arbeit als Taglöhner, oder als Handwerker, insofern diese in den Dörfern geduldet werden, in wenigen Fällen aber auch durch kleinen Handel mit den nothwendigsten Lebensbedürfnissen, insofern sie dazu Concession haben erhalten können, zu erwerben suchen. Der Platz

auf welchem sie sich angebauet haben, ist ihnen in den bei beweitent meisten Fällen von der Gemeine aus deren Eigenthum eingeräumt worden. Diese Art der Entstehung kann daher als Regel angesehen werden; die Fälle, wo einzelne Besitzer von Bauergütern, entweder auf ihrem Hofe stehende Altvaterhäuser, oder ein Stück von ihrem Hofplatze oder Garten, auf welches sodann ein Haus gebauet worden, verkauft haben, sind weit seltener und machen nur die Ausnahme von jener Regel aus. Da nun in den letzteren Fällen, Reunionen der Plätze, welche die Brinksitzer bebauet haben, denkbar sind; so können nur einige Processe darüber entstanden und werden auch für die Folge nicht in der Anzahl zu befürchten seyn, welche die supplicirenden Brinksitzer davon angeben. Die geringe Zahl der bis jetzt darüber verhandelten Processe, ergiebt das allerunterthänigst beigefügte Verzeichniß, welches aus den von den Untergerichten eingesandten Berichten entnommen ist.

Die Brinksitzer sind der Regel nach zur Leistung des Herrendienstes mit der Hand verpflichtet, und zwar diejenigen, welche in den Bezirken der Königl. Aemter wohnen, gewöhnlich zu 24 Tagen, diejenigen, welche in den Bezirken der adlichen Gerichte wohnen, gewöhnlich zu 12 Tagen jährlich. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Platz, auf welchem des Brinksitzers Haus steht, von einer Gemeine, oder von einem einzelnen Hofbesitzer erworben sey. Der Dienstherr bekümmert sich daher darum nicht, sondern fordert die Leistung des Herrendienstes von jedem Brinksitzer ohne Unterschied. Es kann daher aus dieser Einforderung des Herrendienstes eine Einwilligung des Dienstherrn in die Veräußerung eines Stücks vom dienstpflichtigen Hofplatze, welche dabei gar

nicht berücksichtigt ist, nicht wohl gefolgert werden. Indessen würde eine solche Einrede des Brinksitzers bei der gegen ihn angestellten Klage aus den speciellen factischen Umständen besonders zu erörtern sein, und kann das Recht, ohne Einwilligung des Guts- und Dienstherrn veräußerte Pertinenzien, zu reuniren, im Allgemeinen nicht aufheben.

So ist das bisherige Verhältniß der Sache, nach welchem in den über den fraglichen Gegenstand geschwebten Processen erkannt ist. Wir legen dem allerhöchsten Befehle gemäß, die abgefaßten Erkenntnisse, und eins nach den obigen Grundsätzen abgefaßtes Vergleichs-Protocoll aus den von den Untergerichten eingesandten, und die in unserer und der ehemaligen Hofgerichts-Registratur aufgefundenen Sachen, welche über Reunionen von der fraglichen Art verhandelt sind, in originali sub petito remissionis, bei, mit der Bemerkung, daß in der älteren Registratur der Regierung und des Hofgerichts noch wohl mehrere Sachen über jenen Gegenstand vorhanden sein können, deshalb aber sehr schwer aufzufinden sind, weil in beiden Registraturen die Acten nach der alphabetischen Ordnung der Namen der Kläger oder Appellanten, und zwar ohne Bemerkung des objecti litis, geordnet sind. In diesen Erkenntnissen ist übrigens auf das Recht zu reuniren im allgemeinen erkannt; einzelne Modificationen sind durch specielle factische Verhältnisse herbei geführt.

So viel nun den Antrag der Brinksitzer auf eine Abänderung der angeführten Gesetze betrifft, so müssen wir allerunterthänigst bemerken, daß nach jetzt bestehenden Gesetzen, Veräußerungen, aus welchen künftig Reunionsfälle entstehen können, nicht wohl mehr geschlossen wer-

den können, da nach Vorschrift der Allg. G. O. Thl. 2. Tit. 1. §. 3. Verträge über Veräußerungen von Grundstücken vor dem Richter der Sache vollzogen werden müssen, dieser aber vor der Vollziehung eines solchen Vertrags nach der Allg. G. O. Thl. 2. Tit. 2. §. 28. seq.; auf die Gültigkeit und Zulässigkeit derselben prüfen muß. Wir stellen dabei allerunterthänigst anheim, ob allenfalls sämmtliche(?) Unterrichter auf die Beobachtung dieser Pflicht und hauptsächlich auf die Berücksichtigung der Polizeiordnung und Dienstordnung dabei nochmals aufmerksam gemacht werden sollen.

Reunionsklagen der obigen Art können freilich aus den schon geschehenen Veräußerungen noch oft genug entstehen, und es ist nicht zu verkennen, daß einzelnen Brinksitzern dadurch die Gefahr drohet, ihre Häuser verlieren zu müssen, zumal da freilich wohl öfterer ein vom reunirenden Hofbesitzer durch die Erwerbung des vom Brinksitzer erbaueten Hauses beabsichtigten Gewinn, als das eigene Bedürfniß des veräußerten Platzes, die Veranlassung zu Anstellung der Reunionsklage geben mag.

Indessen scheint uns wegen dieser Inconvenienz in einzelnen Fällen das Recht, abgerissene Hofplätze zu reuniren, im allgemeinen nicht aufgehoben werden zu können. Aus den oben angeführten Gründen muß vielmehr die Unzertrennlichkeit der Bauergüter unverrückt erhalten, und insbesondere kann so wenig dem Gutsherrn, der Grundeigenthümer ist, das Recht, die von seinem Grundeigenthume veräußerten Stücke zu vindiciren, als dem Dienstherrn das Recht, die mit der Reallast des Herrendienstes beschwerten Grundstücke zu dem Hauptgute, wovon der Dienst geleistet wird, zu revociren, genommen werden.

Beiden würde hiernach das Recht auf Reunion der abgerissenen Hofplätze zu klagen, unter den gesetzlichen Bestimmungen unverändert zu lassen sein. Soll eine Modifikation der bisherigen Gesetze zum Vortheile der Brinksitzer gemacht werden, so würden wir dazu allerunterthänigst in Vorschlag bringen:

daß dem Hofbesitzer das Recht auf die Reunion eines von ihm oder seinen Vorfahren veräußerten Hof-, oder Gartenplatzes zu klagen, nur in dem einzigen Falle verstattet würde, wann er die Unentbehrlichkeit des veräußerten Platzes zu der Bewirthschaftung seines Gutes nachweisen könnte.

Denn nur in diesem Falle tritt für ihn selbst der eigentliche Grund der Reunionen, die Erhaltung des Guts, ein, wogegen die von den Rechten des Guts- und Dienstherrn hergenommenen Gründe in Rücksicht seiner de jure tertii sind. Bei schon seit längerer Zeit geschehenen Veräußerungen der Hof- oder Gartenplätze, würde dieser Beweis nur sehr selten geführt werden können, und die Guts- und Dienstherrn haben eben so selten Veranlassung von dem ihnen vorzubehaltenden Rechte Gebrauch zu machen, daher denn die Reunionsklagen von der vorliegenden Art hierdurch sehr vermindert werden müßten.

Wir stellen dies zu Ew. Königl. Majestät allerhöchstem Ermessen devotest anheim, und schließen die Original-Vorstellung der Brinksitzer diesem allerunterthänigst wieder bei.

Hildesheim, den 5ten November 1805.

(unterz.) Reg. Rath Brandis.

3. Landesherrliches Rescript vom 9ten Febr. 1806, an die Regierungs-Deputation in Hildesheim, worin die Modification der Provinzialgesetze in Absicht der Reunionsklagen gegen Brinksitzer genehmigt wird.

Von Gottes Gnaden Friedrich Wilhelm, König von Preußen 2c. Unsern gnädigen Gruß zuvor Veste und Hochgelahrte Räthe, Liebe Getreue!

Nach Eingang Eures Berichts vom 5ten November v. J. ist über das Gesuch der 10 Brinksitzer zu Großen und Kleinen Döhren wegen Aufhebung der dort bestehenden Provinzial-Gesetze in Absicht der Reunion den von den Höfen abgetretenen Plätze, von dem Groß-Canzler immediater Vortrag geschehen, und darauf unterm 30sten v. M. diejenige Cabinetsordre eingegangen,*) wovon Wir Euch, bei Remission der, mittelst eingesandten originalen Actenstücke, Abschrift mit dem Befehle hierneben zufertigen, sämmtlichen Untergerichten Eures Departements, die Inhalts der Cabinetsordre, von Uns Allerhöchstselbst genehmigte Modification der

---

*) Diese Cabinetsordre vom 30sten Jan. 1806 hat der geehrte Einsender dieses Aufsatzes der Redaction, auf deren Bitte, zwar nicht mittheilen können, allein es erhellet doch aus diesem Rescripte an die Regierungs-Deputation, daß in derselben die Modification der Hildesheimischen Provinzialgesetze in Absicht der Reunionsklagen gegen Brinksitzer von Seiten des damaligen Landesherrn genehmigt ist, und vielleicht wird die Mittheilung der vorliegenden Actenstücke, wenn solche einem Besitzer jener Cabinetsordre (welche in gedruckten Exemplaren existirt haben soll) zu Gesichte kömmt, veranlassen, die Redaction durch Uebersendung einer Abschrift derselben zu erfreuen, um welche Gefälligkeit sie recht dringend ersucht. D. R.

Provinzialgesetze in Absicht der Reunions-klagen gegen Brinksitzer zur Achtung bekannt zu machen, Euch selbst auch in allen künftigen sowohl als dermalen pendenten Reunionsklagen darnach zu achten.

Uebrigens sind sämmtliche Untergerichte, nach Eurem Antrage, bei Aufnahme von Verträgen über Veräußerung von Grundstücken auf die Vorschrift der Allg. G. O. P. 2. Tit. 2. §. 28. seq. aufmerksam zu machen, um bei der dem Richter obliegenden Prüfung der Gültigkeit und Zulässigkeit der Veräußerung die Vorschriften der Polizei- und Dienstordnung zu berücksichtigen. Sind ꝛc.

Gegeben Berlin, den 2ten Februar 1806.

Auf Sr. Königl. Majestät Allerg. Special-Befehl.

(unterz.) Goldbeck.

An

die Regierungs-Deputation

zu Hildesheim.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Ist ein Amtsauditor canzleyfäßig?

Diese Frage kam im Jahre 1774 bei dem Amte Rotenburg (Herzogthum Verden) zur Erwägung, als ein dort angestellter Amtsauditor mit Tode abging und wegen seines Nachlasses edictales erlassen werden sollten. Das Amt war zweifelhaft und fragte bei der Königl. Justiz-Canzley zu Stade über den Competenzpunct an. Hierauf rescribirte die befragte Behörde unterm 29sten April 1774:

Da nach der Untergerichts-Ordnung Tit. 1. §. 9. nur diejenigen Bedienten, so Amtsschreibers-Rang haben, von der Amts-Jurisdiction eximirt sind,

mithin diese Exemtion auf einen Amts-Auditor, der gar keine Bedienung, am wenigsten Amts-schreibers-Rang hat, zu extendiren ist, vielmehr ein solcher allemal unter der Amts-Jurisdiction sortiret, als habt Ihr wegen des Nachlasses des weiland Auditoris * * das behufige selbst zu verfügen, welches wir Euch auf Euere Anfrage vom 27sten hujus hiedurch ohnverhalten seyn lassen und verbleiben u. s. w.

Stade, den 29sten April 1774.

Justiz-Canzley.

Da die neue Proceß-Ordnung für die Untergerichte des Königreiches Hannover überall keine nähere Vorschriften in Betreff des, einzelnen Personen und Ständen beigelegten, befreieten Gerichtsstandes enthält, vielmehr der §. 1. ganz allgemein auf das darunter Bestehende verweiset, so wird auch die Vorschrift des Tit. I. §. 9. der alten Brem- und Verdenschen Untergerichts-Ordnung nach wie vor in den beiden Herzogthümern Bremen und Verden zur Anwendung kommen und demnach ein Amts-auditor als solcher für amtsfäßig angesehen werden müssen. Sind sie jedoch von Adel oder Doctoren der Rechte, so genießen sie freilich in dieser Qualität das privilegium der Canzleifäßigkeit.

II. Parten- oder Paddentag?

Im Lande Kehdingen, Bützflethschen Theils, findet bekanntlich noch auf diese Stunde *) eine ambulatorische

*) Die Abstellung dieser alten Gerichtsverfassung steht gegenwärtig in der Kürze bevor.

Justizverwaltung statt, indem die Gerichte in jedem der 4 Kirchspiele Drochtersen, Assel, Bützfleth und Hamelwörden an dazu angesetzten Gerichtstagen besonders verwaltet werden. Dergleichen Gerichtstage heißen in der Sprache des Volkes „Padden- oder Pattentage,“ aus welcher Benennung unsere hochteutschen Juristen Parten- oder Partheientage gemacht haben und dieselbe daher ableiten, weil an solchen Tagen die streitenden Theile (Partheien) vor Gericht erscheinen. Ob diese Erklärung und Ableitung Grund habe, mögte indessen noch sehr zweifelhaft seyn. Es muß schon der Pleonasmus auffallen, welcher in dem Ausdrucke Partheien-Tag liegt, da Tag in der Sprache der alten Germanen auch schon, ohne allen weiteren Beisatz, hinreicht, einen Gerichtstag zu bezeichnen, an welchem Partheien vor dem Richter erscheinen, sodann enthält auch der Beisatz: Partheien gar keine besondere Auszeichnung eines solchen Gerichtstages, wodurch er wesentlich von anderen Gerichtstagen unterschieden würde. Sollte es daher wohl wahrscheinlich seyn, daß unsere alten Vorfahren jenen Ausdruck gewählt haben sollten, eine Sache damit zu bezeichnen, die sie weit einfacher hätten benennen können, und sollte nicht vielmehr die Unwissenheit und der Irrthum derjenigen, welche den Volksausdruck: „Paddendag“ mißverstanden, den Anlaß zu der verkehrten Uebertragung desselben ins Hochdeutsche gegeben haben? Padden heißt nämlich in norddeutscher Mundart, „mit kurzen Schritten gehen,“ und diesen Ausdruck wandte das Volk auch zur Bezeichnung solcher Gerichte an, bei welchen die Entscheidung nicht sogleich erfolgte, und wodurch also viele Gänge erforderlich gemacht wurden. So existirt z. E. im F. Osnabrück ein s. g. Pad- oder Patt-

gericht, welches ein Gaugericht ist, vor welches Sachen gebracht werden, die vor dem Brüchtengerichte nicht abgethan werden konnten.*) Nun gab es aber im Lande Kehdingen in dem alten Bottingsgerichte eine Art von Brüchtengericht, sollte daher der Ausdruck Padden- oder Pattentag nicht etwa den Gegensatz der Gerichtstage des Grefengerichts in den Kirchspielen zu jenem Bottingsgerichte haben bezeichnen sollen?

*) S. Mascov notit. jur. p. 277. §. 10 u. 11., woselbst auch dieses Pattgericht, welches im Index richtig bezeichnet worden, sehr unrichtig: judicium partium übersetzt wird. Bemerkenswerth ist die Uebereinstimmung dieses Osnabrückischen Pattgerichts mit dem Grefengericht Landes Kehdingen darunter, daß auch das erstere von einem Gohgräfen cum lectis paribus (im Kehdingschen Gräfe und Hauptleute) abgehalten wurde.

Miscelle.

Man nehme alle Juristen auf einen Haufen in der ganzen Welt, und sehe, ob einer unter ihnen die Theologiam und heilige Schrift also gelobet hat, wie ich ihre Profession und Kunst gerühmet hab. Liebe Herren, wir Theologi loben und preisen euch hoch; ihr aber thuts nicht wiederum. Alle Juristen achten Gottes Wort so groß und hoch nicht, wie groß wir sie achten. Allein D. Gregorius Brück gibt Gott, was Gottes ist, und dem Kayser, was des Kaysers ist; aber die andern gebens nicht Gott, sondern ihnen selbst. Er lieset täglich in der Bibel, denn er will der Lehre gewiß seyn. Wie denn, wahrlich, einem jeden, der ein Christ will seyn und selig werden, auch hoch vonnöthen ist.

(Dr. M. Luthers sämtl. Schriften ed. Walch Th. 22 Cap. LXVI.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 8. Den 15. April 1832.

Auszug aus einem Landesherrlichen Rescripte an das K. Oberappellationsgericht, vom 6. Sept. 1827, über die Streitfrage, ob die Gerichte, und namentlich das K. O. A. Gericht selber, dem Landesherrn auf Erfordern ihre *rationes decidendi* bekannt zu machen schuldig sind? (Zu S. X. des Proöm., Th. 2. T. 1. §. 4. a. E. u. T. 15. §. 4. der O. A. G. O.)

(cf. Struben rechtliche Bedenken B. II. № 46. (Spangenberg II. № 478.) und dagegen Hagemann O. A. Gerichts-Ordnung S. 276. Zusatz zu S. V. und von Bülow über die Verfassung rc. des O. A. G. Th. 1. §. 135. nota 27. S. 323.)

Georg der Vierte rc.

— — — — Unsere Absicht ist niemals, weder selbst in

den unabhängigen Gang der Justiz einzugreifen, oder die unentbehrliche Freiheit der Gerichte, die Entscheidungen lediglich nach den Acten und den Gesetzen und nach Gewissen zu fällen, zu beschränken, noch auch Unserm Ministerio dergleichen Eingriffe zu erlauben. Bloß von dieser Unabhängigkeit redet die O. A. G. Ordnung; keinesweges ist aber darin, hinsichtlich der nothwendigen Unterordnung sämmtlicher Gerichte unter die Oberaufsicht des Souverains, für das Oberappellationsgericht eine Ausnahme begründet, welche ohnehin mit den Grundsätzen des Staatsrechts unvereinbar seyn würde. Solches Majestätsrecht und dessen Unserm Ministerio anvertrauete Ausübung erstreckt sich auf das höchste Tribunal, wie über alle Landesgerichte, und dasselbe ist daher verpflichtet, Uns und Unserm Ministerio, auf erhaltenen Befehl, sey es in Civil- oder in Criminalfällen, die vollständigen Gründe, worauf dessen Entscheidungen gebauet worden, nebst den Acten unweigerlich vorzulegen, da, ohne dies Recht auszuüben, es der gesetzgebenden Gewalt nicht möglich seyn würde, streitige Rechtslehren und die daraus entstehenden abweichenden Ansichten zwischen verschiedenen Landesgerichten, oder der Ober- und Untergerichte, durch authentische Interpretationen oder Verbesserung der Gesetze, zum Vortheil Unserer Unterthanen festzustellen. — — — —

Wir u. s. w.

Hannover, den 6ten September 1827.

Kraft Sr. Königl. Majestät allergnädigsten Specialbefehls.

An

das Oberappellationsgericht

zu Celle.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Die Uebergabe eines Kaufbriefes zum Unterpfande an den Gläubiger giebt diesem kein Absonderungsrecht im Concurse seines Schuldners.

(Zur Erläuterung des §. 28. der Osnabr. Concurs-Ordn.)

(Vom Hrn. Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Es kommt nicht selten der Fall vor, daß bei Darlehen oder in sonstigen Schuldverhältnissen der Schuldner dem Gläubiger, welcher Sicherheit für seine Forderung verlangt, zu diesem Zwecke den Kaufbrief oder ein anderes Erwerbs-Document über ein ihm zugehöriges Grundstück aushändigt, ohne sich dabei bestimmter und gradezu auf ein zu bestellendes Pfandrecht gerichteter Worte zu bedienen.

Hierbei leidet es nun wohl keinen Zweifel, daß die Uebergabe der Urkunde stillschweigend eine Verpfändung des Grundstückes, worüber sie lautet, enthält. Denn ein vertragsmäßiges Pfandrecht kann, wie jeder andere Vertrag, eben so wohl stillschweigend, d. h. durch concludente Worte oder Handlungen, als ausdrücklich durch solche Worte, die geradezu eine Pfandbestellung aussprechen, errichtet werden, so, daß jede Willensäußerung oder Handlung des Schuldners, woraus mit Sicherheit auf die Absicht desselben, seine Güter oder ein bestimmtes Stück derselben dem Gläubiger zum Unterpfand setzen zu wollen, geschlossen werden kann, ein vollgültiges Pfandrecht bewürkt, cum sit iustum, wie Justinian in L. 9. C. quae res pignori. (8, 17) in specieller Anwendung auf den Pfandcontract bemerkt, voluntatem contrahentium magis, quam verborum conceptiones

inspicere. *) Das Römische Recht erwähnt mehrere Beispiele solcher stillschweigenden Conventialpfandrechte, namentlich auch den Fall, wenn jemand die Kaufbriefe seiner Grundstücke zum Unterpfande giebt. Dann ist, wie L. 2. C. quae res pignori. (8, 17) sagt, nicht zu zweifeln, daß der Schuldner die Grundstücke selbst zu verpfänden beabsichtigt habe. Ein gleiches stillschweigendes Pfandrecht an den Grundstücken wird aber auch dann anzunehmen seyn, wenn zwar die Kaufbriefe nicht ausdrücklich zum Pfande gesetzt sind, aber die Umstände, unter denen diese Urkunden dem Schuldner überliefert worden, der Art sind, daß die Absicht des Gläubigers, dadurch ein Pfandrecht einzuräumen, deutlich daraus hervorleuchtet. Denn nun liegen in doppelter Beziehung facta concludentia vor, einmal hinsichtlich des zu ertheilenden Pfandrechts überhaupt, und zweitens hinsichtlich der an den Grundstücken, worüber die Kaufbriefe lauten, zu constituirenden Hypothek. Wenn nun der Schuldner dem Gläubiger, welcher Sicherheit verlangt, die Kaufbriefe, um jenem Verlangen zu genügen, aushändigt: so kann diese Handlung wohl auch nichts anderes, als auf eine Pfandbestellung bezogen werden. Zwar streiten die Rechtslehrer darüber, ob zu den stillschweigenden Conventionalpfandrechten auch der Fall zu rechnen sei, wenn der Schuldner dem Gläubiger, seiner Forderung wegen den Besitz einer Sache einräumt, indem einige diese Frage bejahen, **) andere sie verneinen und in einem solchen Falle dem Gläubiger nur ein

*) Weber, Versuche über das Civilr. Abhandl. II. §. 10. 11. S. 102. u. f.
Gesterding, d. Lehre vom Pfandr. §. 16. S. 120. u. f.

**) *Leyser*, Spec. 223. Med. 3. Weber, a. a. O. S. 104.

Retentionsrecht, kein Pfandrecht einräumen. *) Allein es läßt sich wohl eigentlich im Allgemeinen hierüber gar nicht streiten, am wenigsten aber wohl im Allgemeinen jene Frage verneinen, da vielmehr in vorkommenden Fällen aus den Umständen zu beurtheilen seyn wird, ob die Absicht der Partheien auf ein Pfandrecht, oder auf ein bloßes Retentionsrecht gerichtet gewesen ist. In den meisten Fällen wird gewiß ein Pfandrecht beabsichtigt worden seyn.

Weiter als auf ein stillschweigendes Conventionalpfandrecht an den Grundstücken, auf welche die Urkunde lautet, läßt sich dahingegen die Wirkung der Aushändigung der Urkunde an den Gläubiger in keinem Falle erstrecken. Denn eines Theils setzt nach Röm. Rechte das Pfandrecht im engeren Sinne, das jetzt s. g. Faustpfandrecht, welches ursprünglich nur an beweglichen Sachen Statt gefunden zu haben scheint, **) einen mit dem Pfandrecht verbundenen wirklichen Besitz der verpfändeten Sache voraus, indem ja gerade in dieser Verbindung des Besitzes der Sache mit dem Pfandrechte die das pignus von der hypotheca unterscheidende Eigenthümlichkeit besteht. ***) Anderen Theils wird das Pfandrecht an und für sich durch die Besitzübertragung nicht stärker und besser für die Rangordnung; seine Natur und Wirkung bleibt vielmehr demohnerachtet unverändert, so daß Marcianus in L. 5. §. 1. D. de pignoribus (20, 1.) sagen konnte: Inter pignus et hypothecam tantum

*) Gesterding, a. a. O. S. 125.

**) L. 238. §. 2. D. de v. S. (50, 16.) §. 7. in fin. J. de act. (4, 6.)

***) L. 9. §. 2. de pignor. act. (13, 7.) §. 7. J. de act. (4, 6.)

nominis sonus differt; und in L. 12. §. 10. D. qui potior. in pign. (20, 4): in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem; und Justinian in §. 7. J. de actionibus (4, 6.): Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Der Vorzug des Faustpfandgläubigers nach Röm. Rechte besteht also nur darin, daß er einstweilen die Vortheile des Besitzes neben den Lasten desselben genießt und selbst für die Erhaltung seines Sicherungsmittels zu sorgen im Stande ist.

Die Osnabrückische Concursordn. §. 28. hat nun zwar, gleich vielen anderen deutschen Particularrechten, im Geiste des älteren deutschen Rechts, wo die allgemeine Regel: Hand muß Hand wahren, galt,*) das Faustpfand, zu mehrerer Versicherung des Handels, außerordentlich begünstiget, indem es dem Gläubiger hinsichtlich der ihm zum Pfande in Besitz gegebenen beweglichen Sachen ein Absonderungsrecht im Concurse des Schuldners vor allen anderen Gläubigern einräumt. Sie hat aber dieses mit völlig deutlichen Worten auf bewegliche Sachen, welche der Gläubiger in Besitz erhalten hat und noch besitzt, beschränkt; und findet daher weder auf unbewegliche Sachen, noch auf solche Sachen, die der Gläubiger nicht in seinem Besitze hat, Anwendung. Denn da ein correctorisches Gesetz überall nicht ausdehnend zu erklären ist, selbst wenn Zweifel über dessen Sinn obwalten: so erscheint um so mehr alsdann eine Ausdehnung als völlig unzulässig, wenn das

---

*) Runde, Grundf. des deutschen Privatr. §. 199. 221. Schweppe, Syst. des Concurses §. 74. S. 151. (3. Aufl.)

Gesetz mit deutlichen unzweifelhaften Worten redet. Ein solches correctorisches Gesetz ist aber die Vorschrift im §. 28. der Conc. Ord., da es neue eigenthümliche, dem gemeinen Rechte unbekannte Wirkungen des Faustpfandes einführt. *)

In einer doppelten Hinsicht würde man diese Vorschrift ausdehnen, wenn man die Uebergabe eines Kaufbriefes als Einräumung eines handhabenden Pfandes an dem Grundstücke, worauf jener lautet, ansehen wollte. Denn nicht der Kaufbrief an sich, dessen Uebergabe nur ein Zeichen der Verpfändung des Grundstücks ist, macht den Gegenstand der Verpfändung aus, sondern das Grundstück ist das eigentliche Pfandobject. Es fehlt also, um ein Separationsrecht ex jure pignoris im Sinne des §. 28. der Conc. Ord. zu begründen, 1) an einer beweglichen Sache als Pfandobject, und 2) an einer Sache, welche der Gläubiger in seine Hände und Bewahr erhalten hat und besitzet, als Unterpfand. Daß ältere deutsche Statute Statt der körperlichen Uebertragung des Besitzes des Pfandobjects, um die Gewere für den Gläubiger zu begründen, die Uebergabe des Kaufbriefes über das verpfändete Grundstück eingeführt haben, **) kann ebenfalls eine Ausdehnung der Vorschrift des §. 28. auf Immobilien, deren Erwerbsdocumente dem Gläubiger zur Sicherheit übergeben worden sind, nicht rechtfertigen, weil dahier ein ähnliches der Concursordnung derogirendes Gewohnheitsrecht nicht erweislich ist.

---

*) Schweppe a. a. O.

**) Mittermaier, Grunds. des deutschen Privatr. 4. Aufl. §. 180. S. 422.

Nach den hier entwickelten Grundsätzen hat auch die K. Justizcanzlei zu Osnabrück mittelst Decrets und Rescripts vom 14. Oct. 1831 in Sachen Steffen ctr. a. Kohring erkannt.

II. Ueber das Wesen und den Beweis einer Gewohnheit.

I.

Eine Gewohnheit gründet sich (1) auf mehrere, (2) aus Gefühl der Schuldigkeit unternommene, (3) gleichförmige, (4) während einer Reihe von Jahren (5) ununterbrochen fortgesetzte Handlungen, welche dem Richter (6) einzeln vorgelegt werden müssen, damit er zu beurtheilen im Stande ist, ob sie die erforderlichen Eigenschaften besitzen.

v. Ende vermischte jurist. Ausführungen, B. I. № 12. §. 4.

Es sind also 1) mehrere Handlungen erforderlich. So wenig sich eine gemessene Zahl von Fällen, wo eine angebliche Gewohnheit in Anwendung gekommen, angeben läßt, eben so gewiß ist es, daß sich aus einigen wenigen Fällen keine Gewohnheit entnehmen läßt. Nach Glück (Commentar zu Helfeld, Bd. I. S. 457) kommt alles darauf an, daß so viele Handlungen wirklich vorgekommen sind, daß aus denselben überhaupt nicht nur eine gewisse und beständige Regel hergeleitet, sondern auch mit Gewißheit auf die Einwilligung und Zufriedenheit des Landesherrn geschlossen werden kann. Strube sagt daher in seinen Bedenken (ed. Spangenberg I. S. 172) mit Recht, daß zwey oder drey Fälle eine Gewohnheit nicht beweisen.

Die zum Beweise einer Gewohnheit geeigneten Fälle müssen auch 2) im Gefühle der Schuldigkeit ihren Ursprung haben.

Glück Commentar zu Helfeld, I. S. 461 u. 483.

Böhmer J. E. P. Lib. I. Tit. 4. §. 44.

Handlungen, welche das Gepräge der bloßen Willkührlichkeit an sich tragen, oder nur aus Freundschaft, Mitleid und Menschengefühl, wenn gleich von Mehreren zu wiederholten Malen geschehen, können daher keine verbindliche Gewohnheit begründen. Eben so wenig sind dazu solche Handlungen geeignet, welche sich auf offenbaren Rechts-Irrthum gründen oder durch unerlaubten Zwang veranlaßt sind.

Die Handlungen müssen 3) gleichförmig seyn.

Es ist begreiflich, daß von einem Falle, welcher einem andern nur ähnlich, aber nicht gleich ist, kein rechtsgültiger Schluß gezogen werden kann. Wo es der Aufstellung einer instar legis anzuwendenden Regel gilt, müssen die vorgekommenen Handlungen nothwendig völlig gleichförmig seyn.

Die Handlungen müssen 4) während einer Reihe von Jahren fortgesetzt seyn. Ueber die Länge des Zeitraums läßt sich übrigens nichts Bestimmtes angeben, da die von *Berger*

in Oecon. Jur. Lib. I. Tit. 1. §. 19.

behauptete Praxis, daß bey Gewohnheiten contra jus eine 40jährige diuturnitas temporis, praeter jus aber nur eine 10jährige, erfordert werde, so wie die von *Gail*

in Observ. Lib. 2. Obs. 31.

aufgestellte Behauptung, daß in causis civilibus nur ein zehnjähriger Zeitraum erfordert werde, von den neueren Practikern verworfen, und lediglich dem vernünftigen

Ermessen des Richters die Bestimmung der Zeitdauer nach Beschaffenheit der in Frage stehenden Observanz anheim gestellt wird.

Glück a. a. O. S. 463 ffl.

Hagemann (Erört. Bd. VI. S. 261) sagt: „Im allgemeinen ist bey jedem Herkommen vorzüglich darauf zu achten, ob ein solcher Zeitraum verflossen ist, welcher voraussetzen läßt, daß die Interessenten sich eine gewisse Meinung von Recht und Unrecht als Bestimmungsnorm ihrer Handlungen haben gefallen lassen.“ In dem von ihm (a. a. O. S. 260 ffl.) erzählten Falle hielt das höchste Landesgericht einen zehnjährigen Zeitraum für genügend. Allein es handelte sich auch dabey von einem offenkundigen Verkaufe vielfach geforderter Waaren. —

Es ist 5) Continuität der Handlungen erforderlich. Wenn es in einem und demselben Falle bald so und bald anders gehalten ist, läßt sich von einer Observanz nicht reden. Mag immerhin auch nur eine geringe Zahl von Fällen von der gewöhnlichen Handlungsweise abweichen, kann doch Niemand gezwungen werden, letztere als Observanz anzuerkennen, wenn sich nicht etwa nachweisen läßt, daß die betheiligten Personen die Abweichung von der Regel ausdrücklich gewollt haben; denn alsdann ist opinio necessitatis vorhanden gewesen.

Damit nun aber der Richter die Ueberzeugung von der Existenz einer behaupteten Observanz gewinnen könne, müssen ihm 6) die Fälle, aus denen er sie entnehmen soll, nothwendig einzeln anschaulich gemacht und umständlich vorgelegt werden. Dieß kann nicht füglich anders, als durch Zeugen geschehen. Rechtskräftige Erkenntnisse über die Existenz einer Observanz können als Beweismittel nur Werth haben, wenn sie zugleich

rechtsbeständig genannt werden dürfen. Wenn ein Richter leichtfertig eine Observanz anerkennt, kann sein Spruch nur für die Partheyen, die sich dabey beruhigen, rechtskräftig werden.

Des Richters unbegründete Anerkennung hat durchaus nicht mehr Werth, als die Angabe eines Zeugen, daß eine solche Observanz, wie Producent behaupte, existire — das heißt: gar keinen. Der Richter ist nicht Gesetzgeber, und der Zeuge nicht Richter. Des Richters Ausspruch über die Existenz einer Observanz kann daher in Streitigkeiten Dritter kein Beweismittel abgeben, wenn nicht die ausgesprochene Observanz aus den, dem Richter vorgelegenen, Beweismitteln rechtsbeständig hervor geht. Und der Zeuge überschreitet seine Befugniß, greift ins Richteramt, wenn er sich den Ausspruch anmaaßt, daß eine Gewohnheit in einer gewissen Gegend oder an einem Orte existire, ohne eine Anzahl von Fällen nachweisen zu können, in denen das, was er für eine Gewohnheit hält, angewandt worden und aus deren näheren Beschaffenheit erst entnommen werden kann, ob eine rechtsgültige Gewohnheit wirklich vorliege.

cfr. *Böhmer* l. c.

Hofacker Princ. jur. civ. T. 1. §. 125.

Pufendorf Observ. Tom. II. Obs. 138. §. 1.

Soll der Beweis einer Gewohnheit durch einen Schiedes-Eyd erbracht werden, muß letzterer die einzelnen Fälle, in denen sie angeblich zur Anwendung gebracht worden, zum Gegenstande haben; in allgemeiner Fassung ist er durchaus unzulässig.

Juristische Zeitung vom 1. October 1827. S. 99.

Malblanc de jurejur. §. 44. v. Ende a. a. O.

II.

Jede Gewohnheit gründet sich ferner auf die stillschweigende Genehmigung der höchsten Staatsgewalt.

v. Ende a. a. O. §. 6.

An dieser Genehmigung darf billig gezweifelt werden, wo eine angebliche Gewohnheit gegen geschriebenes Recht geht.

Auch kann von derselben nicht die Rede seyn, wo die Handlungen nicht öffentlich geschehen sind, so daß der Gesetzgeber sie möglicherweise hat erfahren können.

III.

Da der Landesherr nicht füglich etwas Vernunftwidriges sanctioniren kann, so versteht es sich auch von selbst und wird übrigens in den Gesetzen noch ausdrücklich hinzugesetzt, daß eine Gewohnheit vernünftig, rationabilis, seyn müsse.

L. 39. D. de Legibus u. L. 1. C. quae sit long. consuetudo schreiben mit klaren Worten vor, daß nur dasjenige, was mit der Vernunft harmonirt, und nicht etwa durch Irrthum eingeführt und dann als Gewohnheit beobachtet ist, von rechtlicher Consequenz seyn solle. Das Canonische Recht stimmt damit überein, indem

Cap. 11. X. de consuet.

sagt: Licet longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut *vel juri* debeat praejudicium generare, nisi fuerit *rationibilis* et legitime praescripta.

Vernünftwidrig heißt aber, was durch ein ausdrückliches Gesetz nicht hätte promulgirt werden können.

Glück a. a. O. S. 459.

IV.

Welcher Zeuge nach juristischem Begriffe vorwurfsfrey ist, bedarf keiner Berührung. Dagegen wird es nicht überflüssig seyn, die Frage näher zu berühren: ob wirklich jede einzelne Thatsache oder Handlung durch zwey Zeugen bezeugt werden müsse? Einige Rechtslehrer meinen allerdings, daß testes singulares den Beweis einer Gewohnheit erbringen können; allein diese Meinung läßt sich schwerlich rechtfertigen.

Gail l. c. §. 15.

Hofacker l. c. §. 125.

Gesterding Ausbeute von Nachforschungen rc. Thl. I. S. 189. ff.

Wenn schon zum Beweise der Verjährung testes singulares nicht hinlänglich sind, können sie es noch weniger zum Beweise einer Gewohnheit seyn, wie

Gesterding a. a. O.

so einleuchtend deducirt, daß man einen Widerspruch fast für unmöglich halten möchte. Der genannte Auctor bemerkt sehr richtig, daß die eingezeugten Handlungen die Observanz ja eigentlich nicht beweisen, sondern vielmehr begründen sollen und daher eben so unwidersprechlich dargethan werden müssen, wie dieß von anderen streitigen Handlungen verlangt wird.

Bemerkungen über den §. 97. der Untergerichts-Proceß-Ordnung.

(Vom Großherzogl. Ministerialrathe *Dr.* Linde zu Darmstadt, im Archiv für civ. Praxis Bd. XIII. S. 181.)

Diese gesetzliche Bestimmungen sind in vieler Hinsicht mit den allgemeinen und gemeinrechtlichen Grundsätzen

nicht übereinstimmend. *) Wenn sich nämlich auch rechtfertigen läßt: daß nach Verschiedenheit des Falles, ob der Gegenstand theilbar oder untheilbar ist, eine Verschiedenheit der Eidespflicht der Gemeindeglieder, anerkannt wird, so muß dabey doch vorausgesetzt werden, daß der Gegenstand des Rechtsstreits nicht blos theilbar, sondern die Gemeindeglieder auch wirklich in einem getheilten Genusse sind, und dieser getheilte Genuß sich quantitativ für jeden Interessenten genau bestimmen läßt. Warum nun aber, wenn der Gegner der Gemeinde in einem solchen Falle, wenn er nicht von jedem Gemeindegliede den Eid fordern will, es der Gemeinde überlassen soll, die schwurpflichtigen Glieder zu benennen, ist nicht wohl einzusehen; denn von ihm, der hier die Wahl bei einem Uebermaaß der Beweismittel hat, der sie aber alle gebrauchen darf, muß es eigentlich abhängen, zu bestimmen, welche Beweismittel er benutzen, welche er unbenutzt lassen will. Nur eine solche Bestimmung entspricht den allgemeinen Grundsätzen über die Wahl der Beweismittel. Der Gemeinde kann nichts mehr eingeräumt werden, als den Antrag des Gegners, den Eid in solchem Falle nur von einigen zu fordern, abzulehnen. Diese Befugniß muß, wenn man den Unterschied von theilbaren und untheilbaren Gegenständen zu Grunde legt, so gar jedem einzelnen Gemeindegliede zustehen, weil es sich hierbei um den Genuß eines abgetheilten oder abzutheilenden Interesses handelt, und ihm nicht zugemuthet werden darf, dieses von dem Glauben, dem Wissen, oder der moralischen Befangenheit eines andern, wider Willen, abhängig

*) Man sieht ungern, daß Spangenberg in eine Commentation dieses Paragraphen nicht eingegangen ist, und den Commentar zur P. O. Abth. I S. 401 nur bemerkt, „daß der §. 97. durch umfassende specielle Vorschriften, die möglichen Fälle vollkommen erschöpfte, welche wegen ihrer Deutlichkeit keiner besondern Erläuterung bedürften.“ Bei mir haben sich über die Zweckmäßigkeit und den Inhalt dieses Paragraphen viele Zweifel geregt, von denen hier einige mitgetheilt sind.

gemacht zu sehen. Insofern wäre es aber auch zweckmäßig gewesen, wenn das Gesetz bestimmt hätte, ob die Gemeinde, und ob die einzelnen Glieder genöthigt seyen, den Antrag des Gegners, den Eid von einigen, allen übrigen, oder der ganzen Gemeinde präjudicirend, abgeleistet zu wissen, anzunehmen, oder ob dieser Antrag auch abgewiesen werden dürfe.

2) Sodann ist kein Grund vorhanden drei Schwurpflichtige wählen zu lassen, wenn es hinreichen soll, daß nur zwei den Eid ableisten. Die Consequenz scheint zu fordern, daß wenn der Eid von drei Gliedern entscheiden soll, nun auch, sobald auch nur ein einzelnes den Eid zu schwören verweigert, der Eid als von der Gemeinde verweigert angenommen werde. Glaubt der Gesetzgeber, daß es hinreicht, wenn zwei Glieder schwören, so dürfen auch nicht mehr für nothwendig zu wählen erklärt werden. Es sieht etwas sonderbar aus, wenn das Gesetz erklärt: es sey nothwendig, daß drei Personen bereit seyen zu schwören, es reicht aber hin, wenn nur zwei den Eid wirklich leisteten, als der dritte erklärt: er könne ihn zwar leisten, und in dieser Minute auch versichert, er wolle ihn leisten, in der andern aber ausdrücklich sagt, daß er den Eid weder leisten könne noch wolle. Die Bestimmung ist um so härter für den Gegner der Gemeinde, weil ja ein einziges Mitglied dieser den Ausschlag dafür geben konnte, daß der Proceß überhaupt begonnen oder der Eid anzunehmen sey, und nun vielleicht gerade dieses Mitglied den Eid verweigert.

3) Die beyden hervorgehobenen Bestimmungen sind um so weniger zu vertheidigen, als sie auf die Verschiedenheit eines Verhältnisses gestellt sind, worin weder ein nöthiger noch ein rechtfertigender Grund für ein verschiedenes rechtliches Princip zu liegen scheint; denn wenn man es anerkennt, daß der Gegner einer Gemeinde dann, wenn es sich um ein untheilbares Interesse handelt, das Recht hat, die schwurpflichtigen Personen zu wählen, so

ist kein Grund denkbar, warum er es bei einem theilbaren Interesse nicht haben sollte. Im Gegentheil sprechen hier noch Gründe für das Wahlrecht des Gegners der Gemeinde, die im andern Falle nicht eintreten, nämlich, daß hier der Gegner berechtigt war, von allen Gemeindegliedern den Eid, selbst nach dem positiven Gesetze, zu fordern, und daß deßhalb es von ihm abhängen muß, bei welchen Gemeindegliedern er auf die Ableistung verzichten will. Desgleichen sind keine Gründe vorhanden, bei untheilbarem Interesse die Verweigerung der Eidesleistung von dem dritten schwurpflichtigen Gemeindegliede für erfolglos zu erklären, und bei untheilbarem Interesse daran die Wirkung zu knüpfen, daß nun wieder alle Gemeindeglieder schwören sollen.

4) Am meisten hat die Bestimmung gegen sich, daß, wenn eine Gemeinde nicht über zwölf Mitglieder zählt, auch bei Untheilbarkeit des Gegenstandes die Eidesleistung von allen Mitgliedern gefordert werden kann, es aber nun doch wieder hinreichen soll, wenn nur die Mehrzahl den Eid wirklich ableistet. Welchen Grund wird man daher anführen können, daß ich, einer Gemeinde von 100,000 Personen gegenüber, mein Recht von der Aussage zweier Gemeindeglieder, einer Gemeinde von 12 Personen gegenüber, aber erst von der eidlichen Aussage, wenigstens von sieben Gemeindegliedern, muß abhängen lassen? und umgekehrt, warum kann die aus 100,000 und mehr Mitgliedern bestehende Gemeinde ein Recht zur Anerkennung bringen, wenn nur zwei Mitglieder schwören, während in gleichem Falle bei einer Gemeinde von 12 Mitgliedern wenigstens 7 schwören müssen? Will man die Zahl der schwurpflichtigen Glieder nach der Größe der Gemeinde bestimmen, so ist das umgekehrte, den baier'schen Entwürfen *) zum Grunde liegende, Princip gewiß das richtigere.

*) [Solche sind von den J. 1825 und 1827, und das ihnen zum Grunde liegende Princip geht dahin, daß, wenn eine Gemeinde nur aus sechs Personen besteht, der Beweisführer vier daraus wählen darf, und daß, wenn sie aus mehreren Personen besteht, ihr die Benennung von sechs Mitgliedern obliegt, aus denen dann der Beweisführer vier wählt.]

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 9. Den 1. Mai 1832.

Ministerial-Rescript an die Justiz-Canzley in Stade, vom 3ten Oct. 1831, welches ein Paar nachträgliche Bemerkungen zu der Verordnung vom 19ten September 1831, die Vereinigung des Hofgerichts zu Stade mit der dasigen Justiz-Canzley betreffend, enthält.

Nachdem des Königs Majestät unterm 19ten v. M. die Vereinigung des dasigen Hofgerichts mit der Königlichen Justiz-Canzley zu befehlen und eine sofort zu publicirende Verordnung deshalb zu erlassen geruhet haben, so haben Wir solches den Herren hiedurch vorläufig unverhalten,

und bey Gelegenheit gedachter Verordnung noch folgendes Denenselben bemerklich machen wollen:

1. ad §. 13. war von Seiten der dasigen Landschaft der Wunsch geäußert, daß die Fristen für den Extrahenten nicht a die decreti laufen möchten, indem die Decrete manchmal erst später expedirt und dadurch die Fristen für den Extrahenten verkürzt werden könnten. Wenn gleich nun diese Bemerkung bey der Verordnung selbst der Gleichförmigkeit des Verfahrens bey dasiger Justiz-Canzley mit dem der übrigen Königlichen Justiz-Canzleyen halber und da der Extrahent ohnehin auf den Inhalt des von ihm extrahirten Decretes vorbereitet seyn kann, nicht berücksichtigt werden konnte, so haben Wir doch die Herren auf diesen Gegenstand aufmerksam machen wollen, damit Sie geeignete Vorsehung treffen, daß die Decrete und Verfügungen, welche Fristbestimmungen für den Extrahenten enthalten, jederzeit möglichst schnell expedirt werden.

2. Auch der ad §. 16. geäußerte Wunsch, daß in Appellationssachen wegen ungesäumter Rücksendung der Acten erster Instanz verordnet werden möge, hat bey dem Gesetze selbst nicht berücksichtigt werden können, weil die Fälle, wenn eine Rücksendung der Acten thunlich ist, nach Lage des Processes gar zu verschieden sind, als daß solches ohne ein vollständiges Gesetz über das Verfahren in der Appellations-Instanz zu erlassen, hier hätte aufgenommen werden können. Inzwischen haben Wir die Herren hierdurch auffordern wollen, dafür Sorge zu tragen, daß die Acten erster Instanz, sobald es die Lage des Rechtsstreits in der Appellations-Instanz erlaubt, ungesäumt an den Richter erster Instanz zurückgesandt werden.

3. Die Verfügung des §. 18, daß die Urtheile von einer originalisirten Ausfertigung, also nicht von dem Concepte publicirt werden sollen, hat ihren Grund darin, daß die Partheien nicht aus letzterem von dem Referenten oder etwanigen signis dissensus Kenntniß erhalten. Keinesweges aber hat diese Verfügung zur Vermehrung der Stempelgebühren für die Urtheile gereichen sollen: vielmehr versteht es sich von selbst, daß diejenige originalisirte Ausfertigung des Urtheiles, welche zu den Acten genommen wird, als eine Official-Ausfertigung Schreib- und Stempelgebühr frey angefertigt werde. Uebrigens enthält die Allerhöchste Verordnung vom 19ten v. M. das Erforderliche behuf des Ueberganges des bisherigen Hofgerichtsverfahrens in dasjenige, welches bey der Königlichen Justiz-Canzley ferner zu beobachten ist, und vertrauen Wir zu den Herren, Sie werden auch so viel an Ihnen ist, dazu beyzutragen suchen, damit die Vereinigung beider Collegien ohne wesentliche Störung der Geschäfte geschehen möge: und wie diese Maaßregel zur Beförderung rascherer und gleichförmiger Justizpflege in den dasigen Herzogthümern lediglich abzielt, so wollen Wir auch gern Uns der Hoffnung überlassen, daß die Herren dem Ihnen dadurch bewiesenen Königlichen Vertrauen mit erneuerten Kräften zu entsprechen bemüht seyn werden.

Wir bezeugen Denenselben Unsere besondere Dienstgeflissenheit.

Hannover, den 3ten October 1831.

Königl. 2c.

Aus dem Justiz-Departement.

Schmidt-Phiseldeck.

An
die Königl. Justiz-Canzley
zu Stade.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Neueres Praejudicium Summi Tribunalis über die Streitfrage: ob der Gläubiger dem Bürgen zu einer praestatio diligentiae verpflichtet ist?

Schmidt in Dissert. de fidejussore plane non obligato S. 2. C. 2. n. 213 und mit ihm die Herren von Bülow und Hagemann in den practischen Erörterungen Band II. No. X. nehmen an, daß die Nachlässigkeit des Gläubigers dem Bürgen eine Einrede gewähre." Dieser Meinung hat auch das K. O. A. Gericht nach dem Zeugnisse der eben erwähnten vaterländischen Rechtslehrer, so wie des Herrn von Ramdohr in den jurist. Erfahrungen Bd. I. S. 149 u. 150 in einem Urtheile vom 31. März 1798 in causa Voigt c. Tappe seinen Beifall geschenket. Für dieselbe ist ein doppelter Grund vorgebracht, indem einmal auf einen ausdrücklichen Ausspruch Justinians in Nov. 4. Cap. 1. verwiesen, zweitens aber behauptet wird, daß aus dem Wesen des Bürgschafts-Vertrages selbst hervorgehe, daß bei dem Vertrage, den der Eigenthümer einer Casse mit dem für den Rechnungsführer eintretenden Bürgen eingehe, immer die stillschweigenden Bedingungen zum Grunde lägen, daß es der Herr der Casse von seiner Seite an demjenigen nicht wolle fehlen lassen, was dazu gehört, um den Cassenbedienten in den Schranken seiner Amtspflicht zu halten, daß ferner der Gläubiger sich verbinde, solchergestalt auf den Rechnungsführer zu achten, daß dieser nicht leicht etwas von demjenigen, was in seine Hände

kommt, veruntreuen könne; und daß endlich eben deswegen der Cassen-Herr zusage, eine solche beständige Controle und Aufsicht zu führen, die den Cassenbedienten in der gehörigen Besorgniß für die zu entdeckenden Unordnungen und Veruntreuungen erhalte. Der Bürge verpflichte sich zwar für dolum et culpam des Cassen-Bedienten, nicht aber für die Nachlässigkeiten des Cassen-Herrn. Habe daher ein entstandener Defect seine Entstehungsursache in des Cassen-Herrn Nachlässigkeit, so sey der entstandene Schaden als ein solcher zu betrachten, den der Gläubiger sich selbst zuschreiben müsse, für den der Bürge sich nicht verbindlich gemacht habe, und den derselbe um so weniger zu ersetzen schuldig sey, da es ihm an allen Mitteln gefehlt, solchen von sich abzuwenden. Es habe der Gläubiger unter solchen Umständen keinen Schaden, im juristischen Wortverstande, und es trete der Fall der Bürgschaft nicht ein.

Der Herr Justizrath von Bothmer hat dagegen in Gans Zeitschrift für die Civil- und Criminal-Rechtspflege Bd. 1. H. 1. № III. ausführlich nachzuweisen gesucht, daß der Novellentext gemißdeutet sey und nach dem Wesen der Contracts-Verhältnisse, der Gläubiger zu keiner diligentia verpflichtet seyn könne, weil er mit dem Bürgen in keinem eigentlichen Contracts-Verhältnisse stehe. Auf die Novella 4. C. 1. wagt auch kein neuerer Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht sich ferner zu berufen, *) wogegen ist solche aus ganz anderen

*) Den in der Bothmerschen Abhandlung für den Mißbrauch dieser Gesetzstelle angeführten Gründen, mögen noch folgende Bemerkungen hinzugefügt werden. Justinian handelt Nov. 4. C. 1. von der exceptio ordinis, welche einem Bürgen zusteht, dahin, daß der Gläubiger nicht mit Uebergehung

Gründen von dem Herrn Professor Elvers zu Rostock in № 72 u. 73 des 3ten Jahrganges der allgemeinen Jur. Zeitung (Septemberheft 1830) als die richtige und den Rechten gemäßeste auf das eifrigste in Schutz genommen.

---

des Hauptschuldners dem Bürgen sofort anfassen soll. Dies drückt die Vulgata, nach einer corrupten Interpunction, also aus: „neque (creditor) negligens, debitoris intercessoribus molestus sit,“ und daraus hat man ableiten wollen, daß ein creditor negligens den Bürgen des Hauptschuldners nicht mit einer Klage beschwerlich fallen dürfe. Betrachtet man aber nur den Grundtext, welcher bei einer unrichtigen Uebersetzung der Vulgata (wie Spangenberg in s. Einleitung in das R. Justinianeische Rechtsbuch S. 174, Hunnius de interpr. et auct. jur. L. II. C. 5. u. 6. gegen Struben rechtl. Bed. B. II. S. 225. (neue Ausgabe B. II. № 290) Lauterbach u. a. ausführen) den Vorzug verdient, so erhellet leicht, daß Justinian das oben angeführte weder gesagt hat, noch hat sagen wollen. Im Griechischen lauten die Worte: „μηδὲ ἀμελήσας τοῦ δανεισαμένου, τὰς παρενθήκας διενοχλείτω.“ Zweifelsfrey gehören die Worte δανεισαμένου (mutuum accipiens) zu ἀμελήσας (omittens) und nicht zu τὰς παρενθήκας (fidejussores), weil, wenn man, wie die Vulgata nach der oberwähnten Leseart enthält, debitoris fidejussores zusammen reihen wollte, es im Grundtexte heißen müßte τοῦ δανεισαμένου παρενθήκας, auch hätte das Participium aoristi Imi ἀμελήσας (von ἀμελέω, ich berücksichtige etwas nicht) nicht ohne den Genitiv desjenigen Gegenstandes, der unberücksichtigt geblieben ist, gestellt werden können. Trotz des übrigen schlechten Lateins gebrauchte der Uebersetzer das von negligo abstammende Participium praes: — negligens — ganz richtig. Negligens debitoris heißt im guten Latein ein Gläubiger, welcher auf den Hauptschuldner keine Rücksicht nimmt (qui negligit debitorem) wie Livius L. 5. C. 46. sagt: Gens Gallorum haud quaquam *religionis negligens*

mit der hinzugefügten Bemerkung, daß solche auch die Rostocker Juristenfacultät noch vor Kurzem in ihrer Entscheidung eines Rechtsstreites des Landesschatz-Collegiums zu Hannover gegen den Bürgen eines verstorbenen Cassenführers geleitet habe, in welcher Rechtssache die Justiz-Canzley in Hannover gegen den Bürgen, die Juristenfacultät in Heidelberg mit ausschließlicher Bezugnahme auf die Erörterung bei von Bülow und Hagemann für denselben gesprochen gehabt habe, welches letztere Erkenntniß, jedoch aus den mitgetheilten neuen Gründen, in Rostock bestätiget sey.

Diese Gründe sind, kurz zusammengedrängt, folgende:

Justinianeisches und heutiges Recht müßten hier vor allen unterschieden werden.

Nach Justinianeischem Rechte beruhe die Fidejussion stets auf einer Stipulation und habe demnach die Natur eines negotii stricti juris, welches keine Supplirung nach der Billigkeit oder der bona fides zulasse; natürlich könne daher die Unterlassung der Controle, falls die Stipulation hierüber nichts enthalte, dem Cassen-Herrn nicht in der Exceptio doli entgegengestellt werden.

est. Die Homberg'sche Uebersetzung der Novelle giebt die fragliche Stelle: „Neque debitore neglecto, intercessoribus molestus sit," worin also nichts weiter enthalten ist, als: der Gläubiger soll nicht, mit Uebergehung des Hauptschuldners den Bürgen anfassen, also das bekannte beneficium ordinis, aber nichts von einem nachlässigen Verhalten des Gläubigers gegen den Schuldner in Rücksicht seiner Sicherheit und den daraus für den Bürgen entstehenden Rechten. Wie schon die Ueberschrift in der Vulgata zeigt: ut creditores primo loco conveniant principalem, gehörte eine Bestimmung über dies Verhalten gar nicht dahin, weil nur von dem beneficio ordinis die Rede seyn sollte.

Ganz anders sey aber, schon nach Justinianeischem Rechte, das Verhältniß des Bürgen zum Gläubiger, wenn Ersterer nicht als Fidejussor, sondern als Mandator erscheine, da das s. g. Mandatum qualificatum ein Negotium bonae fidei sey, und in Ermangelung bestimmter Stellen über die Befugnisse des Bürgen als Mandator, sich diese mit Sicherheit aus der Natur des Mandats erörtern ließen. Der Mandator dürfe bei einer, mit einer bestimmten Organisation bestehenden Cassenverwaltung voraussetzen, daß der Cassenbeamte die zur Abwendung des Periculi zur Verhütung von Unordnungen und Unterschleif vorgeschriebenen Sicherheitsmaaßregeln gegen den Rechnungsführer schon von selbst anwenden müsse, und der Mandatarius sey in dem ganzen, durch das Mandat veranlaßten Geschäftsverhältniß verbunden, dem Mandatar omnis culpa ratione periculi zu prästiren, weshalb der Mandator geschützt sey, sobald erwiesen werden könne, daß ein auch noch so geringes Versehen des Cassenherrn den Defect veranlaßt habe. Endlich könne die Intercession als Constitutum debiti alieni angesehen werden, durch Justinian sey die actio pecuniae constitutae von allen früheren Beschränkungen befreiet und auch in Beziehung auf das constitutum debiti alieni der Grundsatz aufgestellt, ut sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari (L. 2. pr. C. 4. 18. de constit. pecun.) Namentlich sey das Constitutum debiti alieni darin als auf den allgemeinen Grundsätzen der Bürgschaft beruhend anerkannt, daß demselben namentlich das den Fidejussoren und Mandatoren zustehende Beneficium divisionis ebenmäßig beigelegt worden sey. (L. 3. C. eod.) Dieses Constitutum sey aber, bei dem

Wegfallen der Stipulation, bei seinem prätorischen Ursprunge, bei der ausdrücklichen Erklärung, daß jede Verletzung der Fides verhütet werden solle, offenbar ein Negotium bonae fidei, und daher wie das Mandat u. s. w. insofern zweiseitig, als jeder in das Verhältniß eintretende Theil den Verpflichtungen der *Fides* unterworfen würde. Hiernach müsse die Frage, ob dem Cassenherrn ein Fidem fallere, eine Verletzung von Treu und Glauben vorgeworfen werden könne, wenn er, nachdem sich ein Dritter für einen Cassenbeamten durch ein bloßes Constitutum verbürgt habe, die ordnungsmäßige Controle über den Letztern unterlasse, und nun wegen des ihm entstandenen Schadens seinen Regreß gegen den Bürgen nehmen wolle, im Allgemeinen unstreitig bejahet und dem Constituenten dieselbe Exceptio doli zugestanden werden, welche dem Mandator gebühre.

Betrachte man hiernächst die Bürgschaft nach heutigem, in den Deutschen Gerichten geltenden Römischen Rechte, so sey von einer Stipulatio nicht mehr die Rede, es falle daher im Grunde die Römische Fidejussio ganz weg und es seyen nur das Constitutum debiti alieni und das s. g. Mandatum qualificatum übrig geblieben. Wollte man aber auch noch heut zu Tage die Fidejussio vom Constitutum unterscheiden, so müsse selbige doch jedenfalls heutiges Tages als ein Negotium bonae fidei betrachtet werden, weil die Fidejussio einzig um der Stipulatio willen stricti juris gewesen sey. Sey aber die Fidejussio heut zu Tage ein Negotium bonae fidei, so müsse bei ihr auch alles das eintreten, was nach obiger Nachweisung vom Constituto debiti alieni gelte, und es müsse daher der Gläubiger den gerechten Voraussetzungen des Bürgen allerdings gemäß handeln; folglich,

wenn er als Cassenherr eine Bürgschaft für einen, bei einer regelmäßig organisirten Administration angestellten Rechnungsführer annehme, dem Bürgen dafür haften, daß die gehörige Aufsicht und Controle beobachtet werde, so lange er sich davon nicht ausdrücklich losgesagt habe, und endlich trete zum Ueberfluß im zweifelhaften Falle, überall, wo der Cassenherr fiscalische Rechte habe, der bekannte Grundsatz ein, in dubio contra fiscum, welche Regel nicht nur der Fiscus selbst, sondern auch alle ihm gleichgestellte Behörden und moralische Personen gegen sich gelten lassen müßten.

Das Gewicht dieser scharfsinnigen Ausführung, welche die bisherige ältere Praxis in Schutz nimmt, läßt sich eben so wenig verkennen als die Härte, welche für die Bürgen (besonders für die im Vertrauen auf jene ältere Praxis eingetretenen) darin liegen würde, wenn die entgegengesetzte Ansicht in unseren Landesgerichten Raum gewinnen sollte. Das nicht juristische Publicum, geleitet durch die ihm einwohnenden echtdeutschen Begriffe von Treu und Glauben würde bei Uebernahmen von Bürgschaften für Cassenbeamte schwerlich an die Nothwendigkeit denken, daß es sich erst von der Administration eine pflichtmäßige Sorgfalt in der Beobachtung ihrer Obliegenheiten ausdrücklich ausbedingen müßte, um nachher aus der pflichtwidrigen Sorglosigkeit derselben eine schützende Einrede hernehmen zu können, und man würde dasselbe daher in dieser Hinsicht warnen und belehren müssen, wenn der besorgte Fall einer veränderten Praxis eintreten sollte. Um so interessanter mögte die Mittheilung des nachfolgenden Rechtsfalles seyn, woraus hervorgeht, daß jene Besorgniß nicht ohne Grund ist, und daß das Königl. Oberappellationsgericht in Celle im J. 1829 würklich

seine ältere Ansicht geändert und angenommen habe, daß der Cassenbeamte seinem Bürgen zu keiner Diligenz in Beziehung auf den Hauptschuldner verpflichtet sey.

Im J. 1818 trat ein gewisser N. N. bei dem Oberamtmann ** als Registerschreiber in Dienst und bestellte durch einen Bürgschein der nachherigen Beklagten die ihm abgeforderte Dienst-Caution. Nach einer mehrjährigen Dienstverwaltung ergaben sich, bei einer von K. Cammer verfügten Revision, bedeutende Defecte, und der Cassen-Herr, welcher solche natürlich zu ersetzen gehalten war, belangte nunmehr die erwähnten Bürgen, welche die Auszahlung der Cautions-Summe verweigerten, auf den Grund des von ihnen ausgestellten Bürgscheins. Die Beklagten opponirten dieser Klage, unter verschiedenen anderen, hier nicht interessirenden Einwendungen auch die Einrede der eigenen culpa und verlangten, daß er die ihm abgeläugnete Diligenz bei der Aufsicht und Beobachtung seines Registerschreibers gebührend nachweisen solle.

Das Untergericht entschied in einem Erkenntnisse vom 3ten März 1826 über diesen Einwand folgendermaaßen:

Da nun die ad 1. gemachte Einrede anlangend, nämlich daß jeder Cassenherr eine genaue Aufsicht über seinen Rechnungsführer führen müsse, um wegen eines etwaigen Defects die Bürgen desselben belangen zu können, in concreto um so mehr in der Natur der eintretenden Verhältnisse begründet erscheinen mögte, als der Kläger dem N. N. eine herrschaftliche Casse zur Hebung anvertrauete, und die Beklagte, dessen Bürgen es wohl, wie ein ihnen vom Kläger stillschweigend gegebenes Versprechen annehmen durften, seinerseits darauf mit allem Fleiße sehen zu wollen,

daß jener N. N. bei dieser Rechnungsführung denjenigen Vorschriften nachkomme, welche zur Controle der herrschaftlichen Cassenbeamte im Königreiche Hannover gegeben und in den Gesetzsammlungen öffentlich promulgirt sind

cf. Verordnung von 1705. Hagemanns Samml. der Hannov. Verordnungen von 1814 p. 418 und 1815 p. 39.

und daß diese Aufsicht geführt sey, bei dem Läugnen der Beklagten, also vom Kläger zu erweisen ist,

so wird ihm zu beweisen auferlegt:

gestalten er über den N. N. bei der ihm anvertraueten Rechnungsführung die gehörige Aufsicht würklich geführt, zu dem Ende die Rechnungsbücher, Manuale und Cassen-Etats sorgfältig und regelmäßig nachgesehen, geprüft und den Cassenbestand wenigstens von Zeit zu Zeit nachgesehen, verglichen und richtig befunden, oder zu Führung seiner Aufsicht aequipollente Maaßregeln getroffen habe, dessen ungeachtet aber bei der dem N. N. anvertraueten Hebung herrschaftlicher Gelder und Cassenverwaltung von diesem ein Defect von 800 Rthlr. in Golde, oder wie viel weniger verursacht sey,

wogegen den Bekl. nicht nur allenthalben der directe Gegenbeweis, sondern auch der Beweis:

gestalten aus diesem Cassendefecte ganz oder zum Theil durch ein erhebliches Verschulden des Klägers sich diesen Schaden selbst zugezogen habe

vorbehalten blieb.

Auf eine, wider dieses Erkenntniß von Seiten des Klägers ergriffene Appellation an das K. Hofgericht zu Stade erfolgte unterm 9ten Januar 1827 ein emendato-

zisches Rescript, woraus folgendes auszuheben genügen wird:

— — — hiernächst betreffend die 2te Beschwerde, dem Appellanten nicht angemuthet werden mag, neben dem erkannten — — zur rechtlichen Begründung der Klage völlig zureichenden Beweise des behaupteten Cassendefects, annoch den Beweis der seinerseits angewandten Diligenz in der Aufsicht über die dem Registerschreiber N. N. anvertraueten Rechnungsführung und Cassenverwaltung beizubringen; vielmehr die vom Appellaten dem Appellanten vorgeworfene Verabsäumung jener seiner, an sich zwar rechtlich vorauszusetzenden Verbindlichkeit als Einrede zur beabsichtigten Elidirung des Klaganspruchs aufzunehmen ist, daher aber bei dem Widerspruche des Appellanten nachgewiesen werden muß — — — als habt Ihr — den Appellanten mit dem ihm dahin auferlegten Beweise: gestalten u. s. w. zu verschonen, dahingegen den Appellaten unter Bestimmung einer Präjudicialfrist und Vorbehalt des Gegenbeweises an die Stelle des denselben vorbehaltenen speciellen Gegenbeweises, den Beweis ihrer Behauptung nachzulassen:

daß Appellant durch unterlassene Anwendung des gehörigen Fleißes in der Oberaufsicht bei der dem Registerschreiber N. N. anvertrauet gewesenen Rechnungsführung und Cassenverwaltung, den in Frage stehenden, vom Appellanten annoch genauer nachzuweisenden Cassendefect veranlaßt habe;

Der Kläger war indessen auch mit dieser Entscheidung unzufrieden, appellirte an das Königl. Oberappellationsgericht zu Celle und erwirkte ein von diesem höchsten Landesjustiz-Collegium unterm 18ten December 1829

erlassenes Verbesserungs-Rescript, welches quoad passus concernentes dahin lautet:

— — — Nachdemmalen jedoch, so viel die erste Beschwerde anbetrifft, nach der rechtlichen Natur des Bürgschafts-Vertrages, sich nicht annehmen läßt, daß der Gläubiger gegen den Bürgen zu irgend einer Diligenz in Beziehung auf den Hauptschuldner oder der Cassenbeamte gegen den für den von diesem in seinen Privatdienst genommenen Registerschreiber eingetretenen Bürgen zu irgend einer Aufsichtsführung über die dem Registerschreiber anvertrauete Cassenverwaltung gesetzlich verpflichtet sey, „in dem vorliegenden Falle auch diese Regel keine Ausnahme erleidet," deshalb aber der den Imploraten nachgelassene Beweis sich nicht rechtfertigen kann, und daher u. s. w. — — — Als habt ihr, unter soweitiger Aufhebung eueres rescripti de emendando vom 9ten Januar 1827 den dem Imploraten nachgelassenen Beweis ganz bei Seite zu setzen und den sich darauf beziehenden Einwand der Imploraten als unbegründet gänzlich zu verwerfen; — — — —

Vielleicht ist es auch nicht uninteressant zu erwähnen, daß in eben dieser Rechtssache, durch ein von Seiten der Beklagten beim K. Oberappellationsgericht in appellatorio erwürktes Emendations-Rescript vom 18ten Dec. 1829, denselben dagegen der Beweis einer von ihnen aufgestellten Behauptung, welche als erhebliche Einrede zu berücksichtigen, dahin nachgelassen ist:

gestalten der Kläger, Oberamtmann **, den Registerschreiber N. N. ohne die in Frage befangene bürgschaftliche Caution in seinem Dienst aufgenommen und

und fortwährend bis zur Entdeckung des Cassendefects ohne diese Caution in Dienst behalten habe.

II. Fernere Bemerkungen zu den in № 7. des Octoberhefts dieser Zeitschrift von 1831 am Schlusse angehängten Anfragen, das jus separationis betreffend, und zu den darüber in № 3. des Februarhefts von 1832 gemachten Bemerkungen.

Der Einsender in № 7. des vorjährigen Octoberhefts hat in der mit № II. bezeichneten Anfrage offenbar einen künftigen Fall sich gedacht, in welchem das durch die Verordnung vom 21sten November 1830 ausnahmsweise annoch zugelassene jus separationis ex jure crediti gar nicht mehr zur Anwendung kommen kann, weil die Veränderung des Besitzers der Hypothek erst nach dem 1sten Januar 1832 eingetreten ist. In dieser Hinsicht geht seine Anfrage dahin: ob es eine Clausel gebe, durch welche dessenungeachtet der dem Gläubiger aus jener Veränderung drohende Nachtheil abgewendet werden könne?

Es bedarf demnach der factischen Mittheilungen nicht, welche in № 3. des dießjährigen Februarhefts, für die Entscheidung des Falles, annoch verlangt werden. Außerdem giebt auch der in № 7. erzählte Fall keine Veranlassung zu der Idee einer Novation, wie dieses in № 3. vorausgesetzt wird. Denn daß der Gläubiger den Nachtheil sich selbst zuzuschreiben haben würde, falls von ihm in den Verkauf der Hypothek eingewilligt, und der Käufer als neuer Schuldner angenommen worden wäre, das kann dem Anfrager in № 7. unmöglich entgangen

sein, und für diesen Fall wird er daher schwerlich angefragt haben.

Die gewünschte Auskunft in Betreff der Clausel dürfte sich übrigens gar wohl ertheilen lassen. Quaeritur — heißt es in L. 7. §. 2. D. de distr. pign. — si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit: et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita: ideoque veniri possit? *Et certum est, nullam esse venditionem ut pactioni stetur.*

Aus dieser Stelle ergiebt sich die verlangte Auskunft von selbst. Ueber die versuchten Emendationen derselben, und Aenderungen der Leseart confr. Glück Comment. der Pand. Th. 16. Lib. 18. Tit. 1. §. 976. pag. 57 et seqq.

Miscelle.

Intellexi ex meis collegis Magnum illum *Hugonem Donellum*, cum professione Lugduni Batavorum fungeretur, nunquam ausum fuisse apocham sive quietantiam accepti trimestris salarii proprio Marte conscribere, sed semper ad collegarum suorum opem confugisse, et cum dicerent eam posse sua lingua Gallica, vel etiam Latina conscribere, non tamen sibi tantum sumere audebat, metuens semper aliquam exerrationem.

Cornel. Pynaoker Primordiorum juris Justinianaei demultia. Praefat.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 10. Den 15. Mai 1832.

Landesherrliches Rescript vom 12ten Januar 1832, an die Justiz-Canzley in Hildesheim, eine authentische Interpretation der Königl. Verordnung vom 22sten Dec. 1822 dahin enthaltend, daß dieses Gesetz auf die vor dessen Publication verurtheilten und in eine Straf-Anstalt abgeführten Verbrecher keine Anwendbarkeit finde.

Wilhelm der Vierte, König ꝛc.

Durch die Verordnung über den veränderten Geschäftsgang in Criminal-Sachen vom 22sten Dec. 1822, ist

statt der sonst zulässig gewesenen weiteren Vertheidigung, ein anderes, in wesentlichen Stücken davon verschiedenes ordentliches Rechtsmittel gegen Erkenntnisse in Criminal-Sachen eingeführt, welches an eine entweder gleich bei Eröffnung des Urtheils oder binnen einer zu bestimmenden kurzen Präjudicialfrist abzugebende Erklärung gebunden ist und für dessen Verfolgung, wie für das ganze nach Einwendung des Rechtsmittels zu beobachtende Verfahren, umfassende Vorschriften ertheilt sind. Daneben bilden alle auf die weitere Vertheidigung zu beziehende Bestimmungen, welche in dem Gesetze enthalten sind, ein zusammenhängendes Ganzes, welches nicht zu trennen ist.

Es leuchtet hiernach, und insonderheit auch aus den in den §. §. 6 und 7 der Verordnung über das Verfahren ertheilten Vorschriften, von selbst ein, daß das neue Rechtsmittel nur gegen solche in erster Instanz ergangene Erkenntnisse zulässig seyn konnte, welche nach Erlassung des Gesetzes eröffnet wurden, oder doch wenigstens so kurze Zeit vor dessen Publication eröffnet waren, daß deren Vollstreckung noch nicht begonnen hatte und die in den §. §. 6 und 7 enthaltenen Vorschriften von dem Untersuchungs-Richter nachgeholt werden konnten.

Auf der andern Seite ist auch aus dem ganzen Inhalte der Verordnung leicht abzunehmen, daß es überall nicht die Absicht gewesen, allen zur Zeit der Publication derselben bereits verurtheilten und in die Straf-Anstalten abgeführten Verbrechern, welche bis dahin sich nicht anderweit hatten vertheidigen lassen, auf ihr Verlangen gewisser Maaßen eine Revision des Processes dadurch zu bewilligen, daß ihnen nachgelassen wäre, nun noch des Rechtsmittels der weiteren Vertheidigung nach den Formen und Vorschriften des Gesetzes vom 22sten Dec. 1822 sich

zu bedienen. Wenn eine solche Absicht gehegt wäre, so hätte sie nothwendiger Weise ausdrücklich erklärt werden müssen.

Es folgt hieraus, daß wenn ein bereits vor Publication des Gesetzes vom 22sten Dec. 1822 verurtheilter und in eine Straf-Anstalt abgeführter Verbrecher jetzt noch eine weitere Vertheidigung fordert, deren Zulässigkeit, so wie das ganze Rechtsmittel nach den Formen und Vorschriften derjenigen Gesetze zu beurtheilen und zu behandeln ist, welche vor der Publication der Verordnung vom 22sten Dec. 1822 in diesem Stücke galten, und daß insonderheit in einem solchen Falle nie eine Versendung der Acten zum Spruch an ein anderes erkennendes Gericht da eintreten kann, wo sie früher nicht zulässig war.

Diese bei dem Gesetze gehegte Absicht ist auf Anlaß früher erregter Zweifel, namentlich in einem unter dem 7ten Dec. 1823 an die Justiz-Canzley in Hannover erlassenen und auch der Justiz-Canzley in Celle mitgetheilten Rescripte, durch Unser Ministerium mit Bestimmtheit erklärt und Wir haben vorausgesetzt, daß in der obigen Hinsicht jetzt keine Zweifel mehr obwalten würden.

Da gleichwohl aus Euerm auf Veranlassung eines Antrags des Karrengefangenen Dimpewolf aus Nettlingen unter dem 30sten Dec. v. J. erstatteten Berichte ersehen ist, daß Ihr fortwährend eine entgegengesetzte Meinung hegt, so haben Wir keinen Anstand genommen, in dem Obigen Euch die wahre bei dem Gesetze vom 22sten Dec. 1822 gehegte Willens-Meinung zu Eurer Nachachtung zu erkennen zu geben.

Hannover, den 12ten Januar 1832.

Kraft Sr. Königl. Maj. allergnädigsten Special-Vollmacht.

An

die Justiz-Canzlei zu Hildesheim.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Kann auf gerichtliche Bestätigung eines, ohne solche nichtigen, Contractes von einem der Contrahenten wider den andern geklagt werden?

Der Zimmergesell S. zu D., Amts B., (im Fürstenthum Lüneburg) schloß mit dem Krüger G. allda einen Kauf-Contract über einen Garten vor dem im Orte wohnenden Amtsvoigte schriftlich ab, dessen Schluß dahin lautete, daß er „nach eingeholter Bestätigung des Königlichen Amtes" dem Käufer in originali zugestellt werden solle. Den Verkäufer S. gereuete der Handel aus mehreren Gründen, weshalb der Chef des Amtes B., an welchen beyde Contrahenten der Sache halber sich wandten, die Confirmation des Contracts verweigerte, auch sich in seiner Rechtsansicht von der Unzuläffigkeit der amtlichen Confirmation durch die Aeußerung des Käufers G., daß er dann den Verkäufer verklagen werde, nicht irre machen ließ. G. ließ auch wirklich den Verkäufer förmlich vorladen und trug (nicht beym Chef, sondern bey einem Assessor,) darauf an, denselben schuldig zu verurtheilen:

> „das Seinige zur nöthigen obrigkeitlichen Bestätigung des Contracts zu thun, unter Erstattung der Kosten."

Beklagter trug dawider drey verschiedene Gründe vor, die ihn zum Widerrufe des Handels veranlaßten, und bat um Abweisung der Klage, ref. exp. Kläger bemühete sich dann replicando, die Unerheblichkeit dieser Widerrufsgründe zu zeigen, und erhielt ein Erkenntniß

folgenden Inhalts: „Da der — — — Kauf- und Verkauf-Contract, nach dem eigenen Zugeständnisse des Beklagten, wirklich unter den Partheien abgeschlossen, auch das Niederschreiben desselben auf gemeinschäftliche Anträge beider Theile geschehen ist, somit aber alle Erforderniße bis zu der, nach der Policei-Ordnung vom 6ten Octbr. 1618, nöthigen obrigkeitlichen Confirmation vorhanden sind, diese aber aus den vom Beklagten vorgebrachten Weigerungsgründen, welche insgesammt gesetzlich keine Berücksichtigung verdienen, nicht zurückgehalten werden mag, auch sonstige Gründe, die obrigkeitliche Bestätigung zu versagen, nicht vorhanden sind, so soll der fragliche Contract, ungeachtet des Widerspruchs des Beklagten, gerichtlich confirmirt werden, und wird der Beklagte in die Kosten dieses durch seine Schuld entstandenen unnöthigen Processes hiemit verurtheilt."

Die Rechtsbeständigkeit dieses Spruches, welcher in der Supplications-Instanz aus dem Grunde: „weil auf die gerichtliche Confirmation ausdrücklich mit contrahirt worden, die Einwendung des Beklagten, daß Kläger solche nicht einseitig in Anspruch nehmen könne, mithin um so mehr für unbegründet zu erkennen sey". — bestätigt ward, dürfte manchen Zweifeln unterliegen. Denn

erstens scheint nach richtigem Verständniß der Policey-Ordnung vom Jahre 1618*) die obrigkeitliche Bestätigung

*) Dasselbe gilt von der Verordnung vom 4. April 1620, welche für das Calenbergsche, Göttingische und einen Theil der Grafschaft Hona Gesetzeskraft hat. Ueber die neuerliche Application beyder Gesetze sind manche, zum Theil merkwürdige, Belege enthalten: in dieser Zeitung I. 1. S. 11 u. 109. III. 1. S. 18. IV. 2. S. 181. V. 1. S. 5. V. 2. S. 1. und in Gans Zeitschrift I. 4. № 2.

eines, ohne solche nichtigen, Contractes von einem der Contrahenten wider des Mitcontrahenten Willen nicht erwirkt werden zu können. Dieß behaupten freylich angesehene Rechtslehrer und berufen sich dabey auf Judicate unserer höheren Landesgerichte.*) Man wolle indessen nicht unbemerkt lassen:

a) daß diese Deductionen und Judicate einer Zeit angehören, wo man Manches für Recht hielt, was der Billigkeit zu entsprechen schien, namentlich in Betreff der Policey-Ordnung von 1618 und der Verordnung vom 4. April 1620;

b) daß wenn diese Gesetze den Gerichten nur die Befugniß der Annullation der nicht angemeldeten und confirmirten Verträge ertheilen sollen, hieraus ein höchst unsicherer Rechts-Zustand nothwendig folgen muß, indem dann eines Theils das arbitrium judicis das Recht bildet, und mehrentheils erst in höchster Instanz definitiv entschieden wird, was im einzelnen Falle Recht seyn soll; und andern Theils, in Ermangelung einer Zeitbestimmung, binnen welcher die obrigkeitliche Bestätigung eines privatim abgeschlossenen Vertrages nachgesucht werden muß, die Nachsuchung der Bestätigung der Willkühr der Contrahenten anheim gestellt bleibt; und

c) daß wenn man den fraglichen Gesetzen die Deutung giebt, daß sie den Gerichten nur die Befugniß ertheilen, die nicht vor ihnen unmittelbar abgeschlossenen Verträge bey deren Anmeldung nach ihrem Gutfinden zu annulliren, — oder richtiger: deren Confirmation zu verweigern, — und daß also auch ein Contrahent wider den Willen des oder der Mitcontrahenten auf Bestätigung

*) z. B. v. Bülow u. Hagemann Th. IV. Erört. 85.

eines Contractes antragen darf, nicht abzusehen ist, weshalb eigentlich die Bestätigung, als ein besonderer Act, vorgeschrieben ist, da ja das betreffende Gericht dann, wenn bey ihm auf Erfüllung eines Vertrages geklagt wird, immer noch seine Meinung über die Rechtszulässigkeit desselben aussprechen und eventuell die Klage zurückweisen könnte. Die Einwürfe, daß die Confirmation des Beweises willen vorgeschrieben sey, und die Erfüllung eines Vertrages oft erst lange nach dessen Abschlusse in Frage komme, sind offenbar unerheblich, da es keine Frist giebt, binnen welcher um Confirmation eines Vertrages nachgesucht werden muß, so daß solche beliebig bis zum Zeitpunkte der Erfüllung verschoben bleiben darf.

Angenommen nun aber auch die Richtigkeit der Ansicht, daß der im obigen Rechtsfalle erwähnte Kauf-Contract vom Käufer wider des Verkäufers Willen amtsseitig zu confirmiren gewesen wäre, würde doch

zweytens über die Zulässigkeit dieses Acts kein processualisches Verfahren unter den Contrahenten zuzulassen gewesen seyn. Die Contrahenten haben ja nicht zu untersuchen und zu entscheiden, ob der von ihnen abgeschlossene Contract von der Obrigkeit bestätigt werden muß und darf; sondern dieß kommt allein der letzteren zu. Selbige mag sich daher wohl durch eine Unterredung mit den Contrahenten von der Sache Beschaffenheit nähere Kenntniß zu verschaffen und aufstoßende Bedenklichkeiten zu lösen suchen, auch wohl eine weitere causae cognitio unter einstweiliger Suspension der Bestätigung anstellen; allein dann muß sie letztere entweder ertheilen oder verweigern, und dem Contrahenten, welcher sich durch die Confirmation oder deren

Verweigerung beschwert hält, es lediglich überlassen, höheren Orts seine Beschwerde auszuführen. — Hierin scheinen freylich manche Rechtslehrer *) wiederum anderer Meinung zu seyn, indem sie sagen, daß ein Contrahent wider den andern auf Confirmation eines Contractes klagen könne. Indessen sprechen sie sich über die Beschaffenheit dieser Klage und deren Antrag nicht näher aus, da sie doch verschieden seyn muß, jenachdem ein blos mündlicher, oder ein zwar schriftlicher, aber nicht unterschriebener oder endlich ein schriftlicher und unterschriebener Contract in Frage steht.

a) Im ersteren Falle scheint Kläger etwa vortragen zu können, daß Beklagter den verabredeten (von ihm zu Protocoll gegebenen) Contract nicht schriftlich verfassen lassen und rechtsförmlich vollziehen wolle.

b) Im zweyten Falle dagegen dürfte klagend vorzutragen seyn, wie Beklagter sich der Unterzeichnung des producirten Contracts, in der Absicht, von demselben zurück zu treten, weigere. Und

c. im dritten Falle, daß Beklagter nicht gutwillig mit zum Gerichte gehen und um Bestätigung des aufgelegten, von ihm vollzogenen, Contracts nachsuchen wolle.

Worauf aber in jedem dieser Fälle der Antrag gestellt werden müsse? scheint so leicht nicht beantwortet werden zu können. Etwa

ad a. daß Beklagter angehalten werden möge, den protocollirten Vertrag als verabredungsmäßig anzuerkennen und confirmiren zu lassen?!

ad b. daß Beklagter angestrengt werden möge, den producirten Contract zu unterzeichnen und zu halten?! und

---

*) Namentlich v. Bülow u. Hagemann a. a. O.

ad c. daß Beklagter schuldig erkannt werden möge, um die Bestätigung des aufgelegten Contracts nachzusuchen?!

Unmöglich können dergleichen Anträge rechtsförmlich erscheinen. Die richterliche Bestätigung von Contracten ist ja kein Act, der in der Willkühr und Macht der Partheyen liegt, vielmehr ein Act, welcher vom Willen des Richters abhängt, und dessen Erwirkung daher nicht der Gegenstand eines Processes seyn kann. Wie kann der Richter Jemanden zwingen sollen, von ihm etwas zu erbitten, wie wenn er dann erst zur Gewährung befugt wäre? *)

Außer dieser Frage, den rechtsförmlichen Antrag der Klage auf Bestätigung eines außergerichtlich abgeschlossenen Contractes betreffend, drängt sich eine andere, nicht minder wichtige, Frage gleichzeitig auf, nämlich: wie zu verfahren ist, wenn der Beklagte leugnet, den vom Kläger zu Protocoll gegebenen mündlichen Contract verabredet, oder den vom Kläger schriftlich überreichten genehmigt und resp. unterzeichnet zu haben? Soll dann der Richter interloquiren und von dem Resultate des Beweis-Verfahrens die Ertheilung oder Verweigerung der Confirmation abhängig machen; oder soll er erkennen, daß bewandten Umständen nach die Klage unzulässig sey? Die erstere Alternative möchte der Absicht, welche das ganze Institut der Confirmation der Verträge ins Leben rief, schnurstracks entgegen laufen, und die andere Alternative würde den Contrahenten die Macht in die Hände

*) Was würde man zu einer Klage sagen, welche der Käufer eines ohne decretum de alienando verkauften Pupillengrundstückes wider den Vormund auf Erwirkung des decreti de alienando bey dem zu dessen Ertheilung befugten Richter anstellte?

geben, durch Leugnen sich von jedem außergerichtlich geschlossenen Vertrage los zu machen.

Unter solchen Umständen möchte eine Klage auf Contracts-Confirmation von Seiten eines Contrahenten wider den andern weder nach rechtlichen Begriffen Statt finden, noch der Absicht und dem Geiste der betreffenden Verordnungen entsprechen, und wäre folglich der im obenstehenden Rechtsfalle aufgetretene Kläger G. mit seiner Klage wider S. nicht zuzulassen gewesen.

Daß, wie drittens bemerkt wird, im Contracte die Einholung der obrigkeitlichen Bestätigung erwähnt war, kann dieser Ansicht keinen Abbruch thun, denn eines Theiles lag hierin nichts weiter, als der gewöhnliche Vorbehalt, welcher allen, der obrigkeitlichen Bestätigung bedürfenden, Urkunden angehängt wird, und in concreto augenfällig vom Concipienten, als vermittelnder Behörde, ausgegangen, keinesweges aber als ausdrückliche Contracts-Bedingung zu bezeichnen ist; und andern Theils würde, wenn dieß auch wäre, die vom Käufer erhobene Klage um deßwillen nichts desto weniger unzulässig erscheinen, da, wie vorhin ausgeführt worden, nur dem Amte das Recht zustand, über die Zulässigkeit der einseitig verlangten Confirmation zu entscheiden, folglich demselben auch allein es zukam, den rechtlichen Werth der vermeintlichen Contracts-Bedingung qu. zu considериren. Wie kann Beyspielsweise ein unter Minderjährigen abgeschlossener Contract dadurch mehr Gültigkeit erlangen, daß die Contrahenten darin die Einholung der vormundschaftlichen Genehmigung versprechen? oder ein heimliches Verlöbniß dadurch an Rechtsbeständigkeit gewinnen, daß dabey die Einholung des elterlichen Consenses und die Erledigung der übrigen Solennien angelobt wird?

II. Ueber die Gültigkeit der Calenbergschen Canzlei-ordnung als der jetzt bei den Obergerichten im Fürstenthume Osnabrück vorzugsweise geltenden Proceßnorm.

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Es ist allgemein bekannt, daß im Fürstenthume Osnabrück bei den Obergerichten die Calenbergsche Canzleiordnung als das Hauptproceßgesetz gilt, obgleich Klöntrup in seinem Handbuche der Osnabr. Rechte, Bd. 1. S. 208, mit Beziehung auf eine Verordnung vom J. 1775, sie nur als eine *lex subsidiaria* bezeichnet, und Oesterley in seinem Handbuche des Hannov. Processes, Bd. 1. S. 48. keine jüngere Verfügung für seine Angabe, daß sie das neueste eingeführte Proceßgesetz sei, anführt, und eine solche in der That überall nicht vorhanden ist. Eine kurze Erörterung der Frage: wie denn diese Canzleiordnung zu ihrem jetzigen Ansehen gelangt sei? dürfte daher hier nicht am unrechten Orte seyn. Es wird nöthig seyn, dabei auf die früheren Schicksale dieses Gesetzes im Fürstenthume Osnabrück zurückzugehen.

Unter den älteren, zum Theil jedoch nie in Wirksamkeit getretenen, Proceßgesetzgebungen im hiesigen Lande steht die mit der Stiftsstände Genehmigung vom Bischof Carl im J. 1714 vollzogene und am 4. Mai desselben Jahres durch die Land- und Justizcanzlei den Richtern und Beamten zur Nachachtung zugestellte Interims-Canzleiordnung (Cod. Const. Osn. Th. 1. Bd. 1. S. 146. u. f., und Anmerk. 17. S. 146.) oben an. Da sie jedoch nicht ausreichte, so erließ Bischof Ernst August II. den Befehl, daß quoad directionem pro-

cessus und soweit ein Anderes nicht specialiter im Stifte verordnet sei, die Calenbergsche Canzleiordnung vom 25. Nov. 1663 ad interim befolgt werden solle (Cod. Const. Osn. a. a. O. S. 171. Anmerk. 1.), und bald darauf wurde dieselbe durch dessen Interims-, Gerichts- auch Edictal-Verordnung vom 16. Febr. 1723, welcher sie vollständig angehängt ist (C. C. O. a. a. O. S. 171. u. f.), und die am nämlichen Tage erlassene Verordnung wegen der Termine und Fristen (C. C. O. Th. 1. Bd. 2. S. 924.) den Partheien und deren Beiständen, sowie den Gerichten nachdrücklich in der Art vorgeschrieben, daß sie dieselbe quoad Civilia et directionem processus stricte observiren sollten, und zwar laut eines Rescripts vom 16. Juli 1726. (C. C. O. Th. 1. Bd. 1. S. 173. Anm.) ohne Rücksicht auf die Interimsordnung vom Jahre 1714, eine Vorschrift, die jedoch, wie die Acten damaliger Zeit ausweisen, nicht zur Ausführung gebracht wurde. Man hatte die Absicht, ein eigenes umfassendes Proceßgesetz zu erlassen, welches aber weder unter Ernst August II., noch unter dessen Nachfolgern zu Stande gekommen ist. Bischof Clement August ging vielmehr auf die Interimsordnung vom J. 1714 zurück, und verordnete in dem Canzlei-Reglement vom 22. Nov. 1735 §. 11. (C. C. O. Th. 1. Bd. 1. S. 440.) nachdrücklich, daß derselben quoad directionem processus und bis auf anderweitige Verordnung nachgegangen und davon unter keinem Vorwande abgewichen werden solle. Auch ist wegen der Competenz der Land- und Justizcanzlei in einem Rescripte vom 27. März 1730 (C. C. O. a. a. O. S. 393.) auf dieselbe verwiesen, und es sind die Advocaten zur Zeit der vormaligen Land- und Justiz-

canzlei stets darauf beeidigt worden (C. C. O. S. 146. Anm. 17.). Daher wurde auch von diesem Collegio die Calenbergsche Canzleiordnung nur als ein subsidiarisch geltendes Gesetz angesehen, wie nicht nur in der von Klöntrup allegirten Canzlei-Verordnung vom 25. Mai 1775 (C. C. O. Th. 1. Bd. 2. S. 936. u. f.) §. 15. ausdrücklich ausgesprochen, sondern auch dadurch zu erkennen gegeben ist, daß sich der dort vorgeschriebene oder vielmehr nur bestätigte *Stylus curiae* da, wo die Interimsordnung und die Calenb. Canzleiordn. von einander abweichen, mehr an die erstere, als an die letztere anschließt.

Die jetzige Königl. Justizcanzlei hat aber seit ihrem Bestehen nach Wiederherstellung der rechtmäßigen Verfassung nur die Calenb. Canzlei- auch Untergerichts-Ordnung als die einzige im Fürstenthume Osnabrück geltende Proceßordnung angenommen und auf dieselbe in diesem Sinne auch bei vorkommenden Gelegenheiten die Untergerichte verwiesen, bis für die letzteren die neue Untergerichts-Proceßordnung in Wirksamkeit getreten ist.

Eine ausdrückliche Verordnung über die auch jetzt noch fortdauernde ausschließliche Gültigkeit der Calenb. Canzleiordnung für die Obergerichte, sowie auch für die Untergerichte, bis zum Eintritt der neuen Untergerichts-Proceßordnung, ist zwar nicht vorhanden. Allein eine beständige gleichförmige Praxis hat darüber entschieden und das Königl. Oberappellationsgericht in den Osnabrückischen Sachen, die dorthin gelangt, wenn es dabei auf die Provincialproceßordnung ankam, stets nur auf die Calenb. Canzleiordn. Rücksicht genommen. Eine solche Praxis muß einem ausdrücklichen Gesetze um so mehr gleich geachtet werden, da ihr offenbar die bei der, nach

der Kosten als Gesetz, ja nur als Regel, vorzuschreiben, ergiebt der Ausdruck „zulässig" unwidersprechlich, so daß weder der Buchstab, noch der Geist, der U. G. Ordnung Richter verpflichtet, gegen Recht und Billigkeit auf Compensation der Kosten zu erkennen. *)

*) Wie läßt sich hiernach ein mandatum clausulare rechtfertigen, welches dem Imploranten die Kosten der Imploration und des Bescheides aberkennt, weil er zu viel Verzugszinsen gefordert habe?!

Miscellen.

Nichts, sprach D. M. Luther, ist schädlichers, denn ein ansehnlicher Rath (in der Regierung ꝛc.). Wenn man seinen Rath und Bedenken höret, so hat es Hände und Füße; wenns aber soll angehen, und ins Werk gesetzt werden, so stehets wie ein stetiger Gaul, den man nicht kann fortbringen.

Ein Jurist, wenn er nicht illuminatus ist Doctrina Christiana; ein Medicus, wenn er nicht instructus ist Doctrina Christiana; dergleichen auch ein Poet; so heißet es denn recht: Ein Jurist, ein böser Christ; Item: Die Gelehrten, die Verkehrten.

(Dr. M. Luthers sämtl. Schriften ed. Walch Th. 22 Cap. LXVI.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 11. Den 1. Juny 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Ueber die testamentarische Disposition weiland Landrentmeisters Blum in Hildesheim.

(Vom Herrn Stadt-Richter Hardeck allda.)

Der über das Testament des verstorbenen Landrentmeisters Blum in Hildesheim entstandene Rechtsstreit gehört sowohl wegen seines Objects, als wegen der dabey in Betracht kommenden Rechtsfragen zu einem der interessantesten im Königreiche.

Es wird daher den Lesern der juristischen Zeitschrift eine Abhandlung über den Rechtsfall nicht unwillkommen seyn, zumal nur ein geringer Theil der Leser mit allen den Erörterungen bekannt seyn wird, welche das Interesse an der Sache in der Vaterstadt des Testirers erzeugt. *)

Im Monate Februar 1832 verstarb der Landrentmeister Blum in Hildesheim, einer der reichsten Particuliers hiesiger Gegend, und hinterließ ein bey der hiesigen Königlichen Justiz-Canzley deponirtes Testament, in welchem er über sein, beinahe 200000 Thlr. betragendes, Vermögen im Wesentlichen folgendermaaßen verfügt hatte:

§. 4.

„Zu meinem Erben setze ich hiemit ein zu errichtendes, lediglich für Kinder des katholischen Glaubens bestimmtes Waisenhaus ein; diese sollen im Fürstenthum Hildesheim und in dem Theile des Eichsfeldes geboren seyn, welcher jetzt zu Hannover gehört. — Dieses Waisenhaus soll in Henneckenrode, oder wenn es dort nicht passend gefunden würde, an einem anderen Orte errichtet werden, wo sich schon eine katholische Pfarre befindet, keinesweges aber in der Stadt Hildesheim. — Ich stelle dieses Institut unter Leitung des Herrn Bischofs zu Hildesheim, und werde, wenn ich kann, gegenwärtigen noch nähere Bestimmungen nachfügen. — Das Waisenhaus soll nach dem in der Stadt Halle an der Saale befindlichen, so weit solches Anwendung findet, eingerichtet werden. — Sollte diese Verordnung jedoch, sowie die, welche von

*) Es erschienen nämlich kurz nach dem Tode des weil. Blum gedruckte Abhandlungen über den Rechtsfall, worin auch der Verfasser dieses Antheil hatte, welche indeß bey der Kürze der Zeit, worin solche verfertigt wurden, Lücken darboten.

mir noch hierüber gemacht werden dürften, nur im mindesten von den Staats-Behörden oder auf andere Weise geändert, oder gar aufgehoben werden, so soll das Institut zum Besten der katholischen Kinder des Königl. Preussischen Theils des Eichsfeldes nach Heiligenstadt übergehen, und der Königl. Preuß. Regierung übergeben werden; weshalb derselben auch binnen sechs Monaten nach meinem Tode von dieser Verfügung Nachricht zu ertheilen ist;

§. 15.

„Falls das oben zu meinem Erben instituirte Waisenhaus nicht in Henneckenrode etablirt werden kann, so vermache ich zu einer daselbst einzurichtenden katholischen Schule Eintausend fünfhundert Thaler in Courant. Die Zinsen davon sollen zur Besoldung des Schulmeisters verwendet werden, welcher jedoch auch verpflichtet ist, den Kindern der dortigen Einwohner, welche sich zu einer anderen Religion bekennen, Unterricht im Lesen, Schreiben, Rechnen rc., nur nicht im Catechismus, zu ertheilen. — Ist eine Witwe eines Schullehrers daselbst vorhanden, so soll diese zehn Thaler von obenbesagten Zinsen zu beziehen haben. — Die Schule soll unter niemand anderem als unter dem zeitigen Herrn des Gerichts stehen. — Sollte das Waisenhaus in Henneckenrode errichtet werden, so cessirt sie, da sie mit diesem leicht zusammen geschmolzen werden kann“ u. s. w.

Seine nahen Verwandte, die Kinder seines Bruders, des weil. Geheimen-Justizraths **Blum**, hatte der Testirer nur durch unbedeutende Legate bedacht.

Man brauchte nicht nach versteckten Mängeln des Testaments zu forschen, man brauchte auch nicht die Gesetze in allen ihren Einzelnheiten durchzugehen, um

auf Zweifel über die Rechtsbeständigkeit der Disposition zu stoßen. Die Ansicht, daß, wie eine nicht existirende Person keine Rechte erworben, also auch nicht die Rechtsfähigkeit eines Erben haben könne, drängte sich dem nach bloßen Verstandesbegriffen Urtheilenden auf, und auch der Jurist fand die bekanntesten Grundsätze des Rechts hiemit in Uebereinstimmung.

Die Intestat-Erben nahmen daher keinen Anstand, mit ihren Erbansprüchen gegen das Testament hervorzutreten, wohingegen auch die Regierung nicht säumte, die Errichtung des Waisenhauses zu genehmigen und solches als ein damit ins Leben getretenes Institut zu bestätigen.*)

So haben wir hier einen Rechtsfall, ähnlich dem Staedelschen, welcher vor einigen Jahren fast alle Juristen-Facultäten Deutschlands ihre Gelehrsamkeit und ihren Scharfsinn aufzubieten veranlaßt und eine so große Aufmerksamkeit, selbst im Auslande, erregt hat.**)

---

*) Die Regierung ernannte eine, aus zwey weltlichen Herren und dem Herrn Bischofe bestehende, Commission zur Vollziehung des Testaments. —

**) Der Handelsmann Staedel in Frankfurth stiftete in einem 1793 errichteten Testamente ein Kunstinstitut und setzte solches zu seinem Universalerben ein. 1812 errichtete Staedel zu gleichem Zwecke ein zweites Testament und erlangte die Genehmigung des damaligen Großherzogs von Frankfurth zur Errichtung des Instituts. Nach Aufhebung der französischen Gesetze errichtete Staedel am 15. März 1815 ein drittes Testament, unter Aufhebung der früheren, der Erbeinsetzung nach aber mit denselben übereinstimmend. Dem Testament war die Codicillar-Clausel hinzugefügt. Die Intestat-Erben fochten dieses Testament an.

Vergl.: Wendt, Zachariae, Elvers, Paulus, Seuffert, Mühlenbruch, v. Droste. Abhandlungen in Bezug auf den Staedelschen Beerbungsfall.

Der Staedelsche Streit wurde durch Vergleich beigelegt; hierdurch gewannen beide Theile. Die Rechtsgelahrtheit hatte durch gründliche Erörterung einiger Rechtsmaterien gewonnen, wir selbst aber wurden von neuem belehrt, daß das Römische Recht nicht selten in seinen wichtigsten Lehren dunkel und zweydeutig, und da, wo es klar, seine Anwendbarkeit auf unsere Rechtsverhältnisse zweifelhaft ist.

Wenden wir uns zu dem vorliegenden Falle, so ist das Testament unter Beobachtung der äußerlichen Förmlichkeiten errichtet, die Erbeinsetzung ist darin ausgedrückt, die Legitimation der Intestat-Erben ist an sich nicht zu bestreiten und die Hauptfrage kann sich nur darum drehen,

ob das neu zu errichtende Waisenhaus erbfähig war oder zum directen Erben eingesetzt werden konnte?

Ehe wir zur Erörterung dieser Frage übergehen, mögen einige allgemeine Principien*) ihren Platz finden, welche wir uns bey der Beurtheilung des Falles, so wie bey der Anwendungs-Art der einschlagenden Gesetze zur Richtschnur haben dienen lassen.

In Ermangelung der Bestimmungen von Landes- oder Provinzialgesetzen ist es das Römische Recht, nach welchem die Streitfrage zu beurtheilen ist. Dieses Recht ist in verschiedenen Zeitperioden gebildet, es ist nicht aus unseren vaterländischen Sitten, Gebräuchen und Ansichten hervorgegangen, es hat nicht selten auf Verhältnisse und Institutionen Bezug, welche bey uns nicht, oder doch in einer veränderten Gestalt in's Leben getreten sind;

---

*) Vergl. darüber auch Mühlenbruch. Beurtheilung des Staedelschen Beerbungsfalles.

daher die manchen Bestimmungen des R. R., welche bey uns nicht anwendbar sind, oder einen Streit über ihre Anwendbarkeit zulassen.

Um indeß dem ganzen Rechte zuletzt seine Anwendung nicht streitig zu machen, muß der Richter einen Rechtsgrundsatz oder Rechtsbegriff so lange anwenden, bis nicht das Recht selbst uns einen Beweis annehmen läßt, daß der Begriff oder Grundsatz außer Anwendbarkeit gebracht sey.

Dieser Beweis ist gegeben, so bald ein jüngeres Gesetz ein älteres aufhebt. Hiervon kann nicht weiter die Rede seyn. Das Recht selbst giebt uns jedoch eine Lehre in dem Grundsatze: cessante ratione legis, cessat lex ipsa; und es kann sich hier nur um die richtige Anwendung dieses Grundsatzes handeln. Eine zeitige Härte, eine Unzweckmäßigkeit kann dem Gesetze seine Anwendung nicht benehmen, wenngleich die Umstände nicht mehr fortdauern, welche die Bestimmungen in ihrem Umfange veranlaßten. Die Doctrin würde sonst in die Macht des Gesetzgebers eingreifen. Die volle Anwendung ist jener Rechts-Regel indeß dann nicht zu versagen, wenn die Anwendung des Gesetzes mit jetzt bestehenden Einrichtungen, Rechts-Ansichten und Grundsätzen im Widerspruche steht. Denn hier ist es die gesetzgebende Gewalt (worunter man auch Observanzen rechnen darf), welche solche Einrichtungen und Grundsätze geschaffen hat, und sie selbst hat dadurch die Nichtanwendbarkeit des älteren Gesetzes stillschweigend ausgesprochen.*) So haben die vielen anerkannten Antiquitäten im R. R.

*) Thibaut, Logische Auslegung §. 22.

ihren Grund in einer Veränderung der Rechtsverhältnisse, der Staats-Einrichtungen oder auch der Ansichten.

Wir glauben nicht, uns in diesen Grundsätzen zu irren, und wir werden unten darauf zurückkommen, welchen Einfluß dieselben auf die Entscheidung der gegenwärtigen Frage haben dürften.

Eine zweite Vorerörterung finden wir uns veranlaßt, der Frage zu widmen,

welchen Einfluß der Billigkeit (*aequitas*) auf die Entscheidung des Richters zu gestatten sey?

Manchem Richter werden in seinem Amte Fälle zur Entscheidung vorgelegen haben, bey welchen seine Gefühle, seine Wünsche, ja selbst seine Ueberzeugung von dem, was gut und zweckmäßig sey, mit Anwendung des Gesetzes nicht in Uebereinstimmung standen.*) Auch in dem vorliegenden Falle mögte der Richter, wollte er seinem Gefühle der Billigkeit folgen, sich für die Aufrechterhaltung eines Testaments hinneigen, welches die in unseren Zeiten seltene Errichtung einer Anstalt zum Zwecke hat, wodurch eine bleibende Wohlthat für einen großen Theil des Landes gestiftet werden soll.

Das Gesetz schließt die Anwendung der Billigkeit bey Entscheidung eines Rechtsfalles nicht aus. Da, wo das vertragsmäßig ungeschriebene Recht (Autonomie-Gesetze), wie es durch Verträge der Partheien gebildet ist, zunächst bey der Beurtheilung zu berücksichtigen ist,**) ist dem Richter nicht die Befugniß genommen, bey der Entscheidung über die Folgen, den Umfang und die Ab-

---

*) Non omne, quod jus, honestum est.

**) Thibaut, Pandekten-System §. 25.

sicht einer Handlung der Billigkeit Gehör zu geben; allein da, wo die Privat-Autonomie keinen Einfluß auf eine Lehre des positiven Rechts äußern kann — unter welche Lehren vor allen die Vorschriften über Beobachtung gewisser Förmlichkeiten, Fähigkeiten rc., besonders bey Testamenten gehören — kann von Anwendung einer billigen Meinung nicht die Rede seyn. *) Der Richter hat vielmehr hier ohne alle Rücksicht auf die Folgen seiner Entscheidung, die Lehre des Rechts in seiner ganzen Strenge anzuwenden; denn wollte man dem Richter aus Gründen der Billigkeit eine Abweichung gestatten, so würde dieses dahin führen, daß die Nothwendigkeit der Beobachtung gesetzlicher Förmlichkeiten, des Vorhandenseyns einer Rechtsfähigkeit rc., von der billigen Meinung und Ansicht des Richters abhängig gemacht würde.

Wenigstens lasse man sich nicht durch die L. 183. D. de regulis juris,

> Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est,

irreleiten, denn nach deutlicher Bestimmung der L. 7. D. de in integrum restitutionibus redet jene Regel nur von Erleichterung der Restitutionen in Proceßstreitigkeiten.

Es führt uns diese Aufklärung zugleich auf die Lehre, mit Anwendung einer Rechts-Regel in ihrer Allgemein-

---

*) Das Prätorische Recht, wie es die Römischen Prätoren schufen, ist zwar auf Billigkeit gegründet, allein diese billigen Aussprüche der Prätoren bildeten selbst einen Theil des Rechts und können die einzelnen Fälle keine Regel, daß durch Billigkeit der Strenge des Richters zu subveniren sey, für den Richter abgeben.

heit vorsichtig zu seyn und die ratio legis dabey nicht aus dem Auge zu verlieren.

Es steht mit der vorgenommenen Erörterung die Lehre des R. R. über den favor testamenti in Verbindung. Im R. R. ist eine Sorgfalt für Aufrechthaltung der letzten Willen vorherrschend, der Wille des Testirers soll in Zweifel so ausgelegt werden, daß er möglicher Weise aufrecht erhalten werden kann — eine Dunkelheit, selbst einen Widerspruch hat der Richter, wo möglich, nach billigem Ermessen aufzuklären. Allein der Richter ist darum nicht befugt, eine positive Vorschrift außer Augen zu setzen, den Mangel einer Förmlichkeit zu bemänteln, oder gar die dem Erben nothwendige Fähigkeit nach Gründen der Billigkeit zu ermessen.

Nach diesen Vorerörterungen erscheint die Erörterung der Streitfrage selbst erleichtert.

(Der Beschluß folgt.)

II. Ueber den Begriff eines Contumacial-Erkenntnisses.

(ad §. 55. der Unter-Gerichts-Ordnung.)

Der Ungehorsam im Processe (contumacia) besteht bekanntlich darin, daß eine Parthey der ihr gewordenen richterlichen Auflage binnen der gesetzten Frist nicht nachgekommen ist. Klagt der Gegentheil diesen Ungehorsam an (accusatio contumaciae), so spricht der Richter in einem Decrete die Folgen des Ungehorsams aus, und dieser richterliche Ausspruch wird ein Contumacial-Decret genannt.

Um zur Unterscheidung eines Contumacial-Bescheides von einem Contumacial-Erkenntnisse zu gelan-

gen; bedarf es nur der Erinnerung an die Distinction zwischen einer bloßen proceßleitenden und decisiven Bescheidung.

Nach gemeinrechtlichen processualischen Principien hat der Ungehorsam einer Parthey im Processe in der Regel nur die Folge, daß die ungehorsame Parthey die Contumacial-Kosten, die Kosten des verzögerten Processes, tragen muß. Soll die ungehorsame Parthey außerdem noch ein Nachtheil in der, vor dem Richter zur Entscheidung gebrachten, Sache selbst treffen, so muß entweder der Richter zuvor ausdrücklich ein gesetzlich zulässiges Präjudiz gedrohet haben, oder das Proceßrecht selbst muß schon für den Fall des, in concreto möglicher Weise eintretenden, Ungehorsams einen besondern Nachtheil für den Ungehorsamen bestimmt haben, wie z. B. bey Verabsäumung der Fatalien die Strafe der Desertion.

Nach dem §. 81. der Unter-Gerichts-Ordnung sollen nun alle von den Untergerichten angesetzten Termine und Fristen präjudiciell seyn, d. h. der Richter soll bey Instruction des Processes für jede von einer Parthey vorzunehmende Handlung auf den Fall des Ungehorsams — außer dem gesetzlich sich von selbst verstehenden Präjudize der Erstattung der Contumacial-Kosten (cf. §. 35 u. 54. in fine) — ein Präjudiz in der Sache selbst drohen, wenn dieß nicht schon von dem Gesetze selbst geschehen ist, wie in dem beyspielsweise erwähnten Fälle der Fatalien. So soll z. B. nach §. 43. der U. G. O. die angestellte und für zulässig befundene Klage nicht durch ein simples Communicativ-Decret bloß ad excipiendum intra terminum ordinis mitgetheilt, sondern dem Beklagten sofort das Präjudiz gedrohet werden, daß im Ungehorsamsfalle die etwaigen Einreden präcludirt und

auf Beweis des erheblichen factischen Klagfundaments erkannt werden solle. Spricht nun der Richter auf geschehene Ungehorsams-Beschuldigung die von ihm entweder ausdrücklich, oder durch das Gesetz schon allgemein gedroheten, den Proceßgegenstand selbst bezielenden, Rechtsnachtheile aus, so heißt dieser richterliche Ausspruch ein Contumacial-Erkenntniß.

Die durch ein solches Erkenntniß auf gesetzlich zulässige Weise (d. h. nicht über das gedrohete Präjudiz hinaus) ausgesprochenen Rechtsnachtheile soll nach §. 55. der U. G. O. die ungehorsame Parthey nur dadurch abwenden können, daß sie binnen zehn Tagen ein rechtserhebliches, bescheinigtes Restitutionsgesuch vorbringt.

Sehr weise und vorsichtig hat das Gesetz eine kurze Frist, ähnlich der der Interpositions-Fatalien eines Rechtsmittels, für die Anbringung eines solchen Restitutionsgesuches vorgeschrieben; denn da das Contumacial-Erkenntniß auf einseitigen Anruf erlassen wird, ohne daß der Ungehorsame sich factisch hat vernehmen lassen, so könnte es manche Fälle geben, wo sich darüber streiten ließe, ob das erlassene Erkenntniß der Rechtskraft fähig sey.

(cf. Jurist. Zeitung de 1829 Hft. 1. p. 190. de 1830 Hft. 1. p. 51.)

Damit nun die thätige Parthey durch den Ungehorsam der andern, welche die ihr gebotene Gelegenheit zum rechtlichen Gehör ungenutzt hat vorbeygehen lassen, nicht leide, sondern zum Genusse ihres agendo vel excipiendo in Anspruch genommenen Rechtes möglichst schnell gelange, schreibt das Gesetz der ungehorsamen Parthey eine kurze Frist vor, binnen welcher es ihr möglich seyn soll, durch ein gehörig motivirtes, bescheinigtes Restitutionsgesuch die erkannten rechtlichen Folgen ihres Ungehorsams zu redressiren.

Dieß vorausgeschickt wird es einleuchtend seyn, daß — so oft der Richter einem ausdrücklich, oder durch das Gesetz stillschweigend gedroheten Präjudize gemäß erkannt hat — ein wahres Contumacial-Erkenntniß vorliege, gegen welches der Ungehorsame nach §. 55. der U. G. O. nur binnen 10 Tagen, nicht aber binnen willkürlicher Frist, durch ein Restitutionsgesuch Remedur hoffen und erlangen kann.

Die nach §. 36. der U. G. O. binnen willkürlicher Frist gegen verabsäumte Fristen und Termine zu suchende Restitution wird also nur in den Fällen eintreten können, wo der Richter bey bloß richterlichen Präjudizien auf die erhobene Ungehorsams-Anschuldigung, oder wo bey verabsäumten Fatalien der Richter ex officio noch nicht erkannt hatte. Sind keine Fatalien in Frage und war der Ungehorsame bey bloß vom Richter gedroheten Präjudizien zwar nicht binnen der gesetzten Frist, aber doch vor der Ungehorsams-Anklage des Gegentheils, der richterlichen Auflage nachgekommen, so bedarf es nicht einst der Restitution, weil hier morae purgatio eingetreten ist.

Daß die U. G. O. eine purgatio morae nicht ausschließe, ergiebt sich aus mehreren Paragraphen (z. B. §. 52. 65.) und schon allgemein daraus, daß die U. G. O. den Unterschied der Fatalien und bloß richterlichen Präjudizien in ihren rechtlichen Folgen nicht aufgehoben hat; und so wird auch täglich von den Gerichten des Landes erkannt.

Es ist nun hin und wieder die Meinung aufgeworfen, es sey kein wahres Contumacial-Erkenntniß, wenn der Richter in der Beweisinstanz wegen verabsäumter Beweisfrist ein desertorium erkenne und damit zugleich das Erkenntniß in der Hauptsache verbinde. Gegen ein

solches Erkenntniß brauche die zu erbittende Restitution nicht binnen der im §. 55. der U. G. O. vorgeschriebenen 10tägigen Präjudizialfrist nachgesucht zu werden.

Als Gründe für diese Meinung wird angeführt:

1) die U. G. O. gedenke des Contumacial-Erkenntnisses im §. 55. an einer Stelle, wo in den vorhergehenden Paragraphen 51 — 54. davon gehandelt sey, welche Präjudizien der Richter bey Instruction eines Rechtsstreites im ersten Verfahren bis zur Duplik drohen solle.

Die Stelle, wo die U. G. O. des Contumacial-Erkenntnisses erwähnt, ist inzwischen rechtlich ganz gleichgültig, einmal, weil die U. G. O. den aus der Natur der Sache zu construirenden Begriff eines Contumacial-Erkenntnisses nicht auf die, im Laufe des ersten Verfahrens im ordentlichen Processe abzugebende, Bescheide und Erkenntnisse beschränkt; dann, weil der §. 55. isolirt und ganz allgemein eine gesetzliche Vorschrift ausspricht; und endlich, weil sonst auch bey den summarischen Proceßarten von einem Contumacial-Erkenntnisse nicht die Rede seyn könnte, wie dieß der Natur der Sache nach der Fall seyn muß und augenscheinlich nach der U. G. O. (cf. §. §. 115. 123. 134. 139.) der Fall seyn soll.

Als Grund für jene Meinung wird sodann angeführt,

2) daß das in der Beweisinstanz abgegebene Erkenntniß nicht durch eine neue Reflexion des Richters über die Streitpuncte der Partheyen hervorgerufen würde, sondern nur eine purificatoria, ein Erklärungsurthel des Interlocuts sey. Das, durch die richterliche Reflexion für nothwendig erachtete und rechtskräftig erkannte, Beweisinterlocut, enthalte schon im Voraus einen apodictischen, wenn gleich eventuellen, richterlichen Ausspruch darüber, wie finaliter erkannt werden solle, wenn der

Beweis geführt, nicht geführt, oder gar nicht angetreten sey. Durch das Interlocut habe der Richter schon zum Voraus implicite sein rechtliches Erkenntniß dahin ausgesprochen, der Producent solle mit dem erhobenen Anspruche abgewiesen werden, wenn er den Beweis entweder nicht antreten oder nicht führen würde; es solle ihm aber sein Anspruch zuerkannt werden, wenn er den injungirten Beweis erbringe.

So richtig diese Sätze im Allgemeinen sind, so wenig läßt sich jedoch der obenbemerkte Schluß zur Begründung der in Frage stehenden Meinung daraus folgern.

Es läßt sich nämlich gar nicht bestreiten, und wird auch nirgends bestritten, daß das definitive Urtheil des Richters in der Beweisinstanz ein wahres Erkenntniß sey; denn es ist der Rechtskraft fähig, und ordentliche Rechtsmittel sind dagegen zulässig.

Daß der Richter bey Abgabe dieses Erkenntnisses keine neue Reflexion über den Streitgegenstand anstelle, läßt sich allgemein genommen gar nicht behaupten; denn — abgesehen davon, daß der Richter bey Abgabe des Finalerkenntnisses in der Beweisinstanz die Gewahrung der Beweisfatalien und den Grad des etwa erbrachten Beweises prüfen muß — muß der Richter allerdings erwägen, was aus den erbrachten Beweismomenten für das in Anspruch genommene streitige Recht oder Rechtsverhältniß folgt. Er muß diese Beweismomente also allerdings mit dem streitigen Anspruche zusammenhalten, und also wieder eine neue Reflexion darüber anstellen. Hat z. B. der Kläger, welcher den Beklagten wegen eines abgeläugneten Darlehns von 100 Rthlrn. belangt hat, nur bewiesen, daß das fragliche Darlehn in einer geringern Summe bestanden habe, so kann der Beklagte

auch nur zur Zahlung dieser geringern Summe schuldig verurtheilt werden.

Wäre es nun aber auch richtig, (wie dem doch nicht so ist,) daß jedes Definitiv - Erkenntniß in der Beweis-instanz eine bloße purificatoria des Interlocuts genannt werden könnte, so gilt doch das Nämliche auch von einem jeden Contumacial-Erkenntnisse; denn durch das, den Rechtsnachtheil für den Ungehorsamsfall androhende, Decret (Präjudicial-Bescheid) giebt der Richter im Voraus deutlich zu verstehen, was er beym Eintritte des Ungehorsams erkennen wird; tritt nämlich der Ungehorsam ein, so wird, ohne eine neue Reflexion über die Sache selbst anzustellen, das frühere Decret (der Präjudicial-Bescheid) lediglich purificirt.

Erscheint z. B. der Implorat im Executivprocesse nicht im Recognitionstermine, so wird die der Klage zum Grunde liegende Urkunde gedroheter Maaßen für anerkannt erklärt; macht der Provocat binnen der ihm gesetzten Frist seine gerühmten Ansprüche gegen den Provocanten nicht geltend, so wird er damit zum beständigen Stillschweigen verwiesen. Beyde Erkenntnisse giebt der Richter augenscheinlich ohne eine neue Reflexion in der Sache selbst ab. Was hülfe nun aber ein solches Erkenntniß dem Provocanten, wenn Provocat dagegen binnen willkürlicher Frist, vielleicht mehrere Jahre nach der Insinuation, um Restitution nachsuchen dürfte?

Alle angeführten Gründe bestätigen es, daß ein Contumacial-Erkenntniß stets da vorliegt, wo der Richter ein gedrohetes Präjudiz in der Sache, sey es auf Anrufen, oder wo ihn die Gesetze dazu verpflichten, von Amtswegen realisirt. Ist gleich der Gesetzgeber aus trifftigen Gründen bewogen worden, im §. 55. der U. G. O. zur

eine kurze Frist von 10 Tagen zur Anbringung des Restitutionsgesuches gegen ein Contumacial-Erkenntniß zu gestatten, so schließt dieß doch keinesweges aus, daß nicht die ungehorsame Parthey auch später nach §. 36. der U. G. O. gegen die verabsäumte Restitutionsfrist eben so gut, wie bey Verabsäumung der Interpositions-fatalien bey Rechtsmitteln, um Restitution sollte nachsuchen können.

Man nehme den Fall: einem schwer Erkrankten wird eine Klage insinuirt mit der Auflage, sich binnen 14 Tagen bey Vermeidung des im §. 43. der U. G. O. gedroheten Rechtsnachtheiles vernehmen zu lassen. Der Beklagte ist ungehorsam, das Präjudiz wird realisirt und der Beklagte ist längere Zeit wegen Fortdauer seiner Krankheit behindert, gegen das Contumacial-Erkenntniß Restitution zu suchen.

Wünscht er nun mit seiner Vernehmlassung und mit seinen Einreden gegen die Klage noch gehört zu werden, so wird er zur Erreichung seines Zweckes eine doppelte Restitution sich erbitten müssen. Er wird diese doppelte Restitution auch erhalten können, wenn er zu bescheinigen oder als notorisch darzustellen vermag (cf. §. 36. der U. G. O.), daß seine Krankheit ihn bisher behindert habe,

1) binnen 10 Tagen nach Insinuation des Contumacial-Erkenntnisses um Restitution nachzusuchen, und

2) binnen der ihm durch das Communicativ-Decret gesetzten 14tägigen Frist der richterlichen Auflage wegen Beantwortung der Klage zu genügen.

H. *pf.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 12. Den 15. Juny 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Ueber die testamentarische Disposition weiland Landrentmeisters Blum in Hildesheim.

(Vom Herrn Stadt-Richter Harbeck allda.)

(Beschluß.)

Das altrömische oder vorjustinianeische Recht würde die Sache zu einer schnellen Entscheidung gebracht haben; denn im Ulp. fragm. tit. 2. §. 4. heißt es ausdrücklich: incerta persona institui non potest. Unter ungewissen

Personen aber begriff das ältere Römische Recht nicht allein solche, in Rücksicht welcher die Testirer keine individuelle Absicht gehabt haben konnte, (z. B. wer zuerst an mein Grab kommt, soll mein Erbe seyn), sondern auch solche, deren Existenz nicht feststand, oder zu bezweifeln war (z. B. die unbekannten Kinder eines abwesenden Bruders.)

Also ein noch nicht existirendes Institut hätte nach älterem Römischen Rechte nie zum Erben eingesetzt werden können.

Das neuere Römische Recht, wie es von Justinian sanctionirt ist, weicht von jenen beschränkenden Grundsätzen ab.

Der §. 25. J. de legatis lehrt ausdrücklich, daß ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden können, z. B. derjenige, welcher meinem Sohne seine Tochter zur Frau geben wird, der nächstjährige Consul soll mein Erbe seyn. Nach §. 26. 28. J. ibid. wurde auch dem postumus die Erbfähigkeit beigelegt; Städte und Stiftungen erkannte das Recht gleichfalls für erbfähige Personen an.

Also wegen einer bloßen Ungewißheit der Person würde dem Blumschen Testamente seine Gültigkeit nicht genommen werden können. Denn der Testator bezeichnet das neu zu errichtende Waisenhaus, welches sein Erbe seyn soll, bestimmt; eine solche Bezeichnung kann an sich nicht ungewisser seyn, als die Ernennung desjenigen, welcher im nächsten Jahre zum Consul erwählt werden wird.

Ein großer und wesentlicher Unterschied ist dagegen zwischen einer blos ungewissen und einer notorisch nicht existirenden Person.

Der Erbe muß nämlich fähig seyn zur Zeit der Testaments-Errichtung, so wie zur Zeit des Anfalles

der Erbschaft, welche bey unbedingten Erbeinsetzungen mit dem Todestage des Erblassers zusammenfällt.*) Um so mehr muß man auch annehmen, daß in jenen entscheidenden Zeitpuncten die Person des Erben existiren muß. Denn ohne solche Existenz kann eigentlich von einer Beerbung gar nicht die Rede seyn, weil es ohne einen Erben keine Erbschaft giebt. Die Fälle, welche uns das Römische Recht über Einsetzung von ungewissen Personen mittheilt, setzen auch die Existenz der Person des designirten Erben voraus, es ist nur noch ungewiß, wer die Person sey; daran, daß sie aber schon existire, ist kein Zweifel, z. B. der nächstjährige Consul, derjenige, welcher zuerst an mein Grab kommen wird ꝛc.; diese Personen waren schon vorhanden, als der Testirer sie bezeichnete. Der Anfall der Erbschaft wird nur bis dahin verschoben, daß die Bestimmtheit der Person sich an den Tag legt, und Namens ihrer ruhet bis dahin die Erbschaft. Die Lehre über die Erbfähigkeit des postumus scheint hiemit freilich nicht übereinzustimmen; denn der postumus kann wenigstens zur Zeit der Testaments-Errichtung noch nicht da seyn und doch kann ich ihn gültiger Weise zum Erben einsetzen. Allein man vergesse nicht, daß die Bestimmung über die Gültigkeit eines postumi auf einen singulairen Fall geht, indem der postumus als embrio gewissermaßen schon existirt, das Gesetz ihm schon Ansprüche an's Leben giebt (denn es ist ja ein Verbrechen, das Kind im Mutterleibe zu vernichten) und das R. R. hier zum Theil eine Consequenz zur Lehre über Intestat-Erbfolge bezielt, wodurch dem embrio die Intestat-Erbschaft auf eine so sorgfältige Weise be-

---

*) §. 4. J. II. 19.

wahrt wird; und selbst, wenn man annehmen will, daß der embrio zur Zeit der Testaments-Errichtung noch nicht erzeugt zu seyn braucht, so ist dieses Erzeugtseyn doch zur Todeszeit des Erblassers anzunehmen. Ein großer Unterschied ist aber doch immer zwischen einer physischen und einer moralischen Person.

Die dem postumus beigelegte Fähigkeit, einen testatum zu beerben, auf analoge Fälle, bey deren irgend einem schwerlich gleiche Gründe in Betracht kommen können, anzuwenden, dürfte nicht zu rechtfertigen stehen.

Nehmen wir nun ein Institut, welches erst aus dem Vermögen des Erblassers errichtet werden soll; so liegt es am Tage, daß die (moralische) Person des Erben zur Zeit der Erbeinsetzung und des Todes des Erblassers nicht existirte. Eine Erbschaft ohne Erben kann aber nun gar nicht gedacht werden; sind keine Testaments-Erben da, so treten die Verwandten des Verstorbenen von selbst ein und in deren Ermangelung der fiscus. Bey jeder ruhenden Erbschafts-Masse (hereditas jacens) wird daher immer vorausgesetzt, daß ein Erbe vorhanden sey, denn in casum casus würde es ja der fiscus seyn; es steht nur noch nicht fest, wer der Erbe ist und bis zur Ausmittelung dieser Frage verwaltet die Behörde, Namens des zwar ungewissen, aber jedenfalls vorhandenen Erben den Nachlaß.

Wenn es nun nach den Begriffen und Lehren des R. R. über Erben und Erbschaft richtig ist, daß die Person eines Erben zur Zeit der Testaments-Errichtung und des Todes des Erblassers vorhanden seyn muß oder als vorhanden muß gedacht werden können, so müssen wir auch zugestehen, daß ein Institut, welches erst nach dem Tode des Erblassers zu einer rechtlichen Person erhoben

werden soll, und zu den entscheidenden Zeitpuncten also nicht existiren konnte, den Erblasser weder repräsentiren, noch sonst die Eigenschaft eines Erben oder einer personae in sensu haben kann; und wie ein Erblasser ohne Erben nicht gedacht werden kann, müssen wir auch anerkennen, daß, bey dem Nichtvorhandenseyn eines Testaments-Erben, das Recht der Intestat-Erben in Wirksamkeit trete.

Ist dieses Recht aber einmal wirksam geworden, so ist es den Intestat-Erben nicht wieder zu nehmen. Wer einmal Erbe ist, der muß es fortwährend bleiben, *) (das beneficium deliberandi und inventarii macht eine hier nicht in Betracht kommende Ausnahme), und dadurch, daß der eingesetzte Erbe hinterher die Fähigkeit erlangt oder erlangen kann, wird den Intestat-Erben ihr Recht nicht genommen. **) Wenn wir mithin bey der Beurtheilung der Gültigkeit eines Testaments, namentlich der Fähigkeit eines eingesetzten Erben, auf die Zeit der Testaments-Errichtung und des Todes des Erblassers sehen müssen, so ist die hinterher erfolgte Genehmigung der Regierung zur Errichtung eines zum Erben eingesetzten Instituts ohne Einfluß auf die Erbfähigkeit desselben. Wir haben zu dem in der L. 8. C. VI. 24. die ausdrückliche Bestimmung, daß nicht bestätigte Institute unfähig sind:

> Collegium, si nullo speciali privilegio subnexum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est.

*) L. 88. D. de haeredibus instit. — Heres semel talis, semper talis.

**) Regula Catoniana: Testamentum, quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Das Recht erkannte also ein von der Obrigkeit nicht bestätigtes erbeingesetztes Institut für ein non ens an, welches keine Rechte erwerben, also auch nicht die Fähigkeit eines eingesetzten Erben haben könnte.

Nach diesen entwickelten Grundsätzen und Ansichten mögte die Ungültigkeit des Blumschen Testaments wegen mangelnder Fähigkeit des eingesetzten Erben kaum einen erheblichen Zweifel leiden. —

Das zum Erben ernannte Waisenhaus ist indeß ein pium corpus, es liegt hier also eine dispositio ad pias causas vor, und es entsteht die Frage, ob die obigen Rechtsgrundsätze und Ansichten dadurch eine Aenderung erleiden?

Als der christliche Glaube in dem Römischen Reiche herrschend und ein Frömmigkeitssinn unter den Christen rege wurde, als ganze Nachlassenschaften zur Gründung einer Kirche, eines Klosters oder einer sonstigen Wohlthätigkeits-Anstalt von frommen Christen legirt wurden, und solche Dispositionen auf den Grund der geltenden Gesetze von den Intestat-Erben Anfechtungen erlitten, lag es nahe, daß die Hierarchie ihren Einfluß auf den Gesetzgeber anwandte, um dergleichen Vermächtnisse vor Anfechtungen sicher zu stellen.

So entstanden die Verordnungen:

der Nov. 131. cap. 9. 10. et seq.

des Tit. C. de episcopis et clericis.

(der L. 26. C. de S. S. ecclesiis.)

Vermächtnisse zur Errichtung einer Kirche, eines Armen-, Kranken- oder Waisenhauses sollen durch die Fürsorge des Bischofs vollzogen werden — Nov. 131. cap. 10. — Vermächtnisse im Namen Gottes, Christi oder auch eines Heiligen sollen der Kirche zufallen, wo der

Testator seinen Wohnort gehabt hat — Nov. 131. cap. 9. — wenn nach L. 1. §. 1. C. de episc. et clericis der Testator Arme zu Erben eingesetzt hat, so soll, wenn gleich die Kirche, zu welcher die Armen gehören, unbestimmt ausgedrückt ist, dennoch das Testament gültig seyn. — Wir ersehen aus diesen Gesetzesstellen, daß die Wohlthätigkeits-Anstalten in einem innigen Zusammenhange mit der Kirche gedacht wurden, ein Kranken-, Armen- oder Waisenhaus wurde nicht errichtet, ohne daß solches irgend einer Kirche zugegeben wurde. Die Kirche, welche deren Vorsteher, der Bischof, zu vertreten hatte, war also die eigentlich honorirte Person, und der Zusammenhang dieser Anstalten mit der Kirche so enge, daß nach Nov. 131. cap. 10. dem Bischofe die Vollziehung des Willens nicht genommen werden durfte, selbst wenn es der Testirer anders verordnet hatte.

Ob der Testirer die Genehmigung zur Errichtung einer Wohlthätigkeits-Anstalt von der geistlichen Autorität einholen mußte, darüber findet man keine Bestimmung, nach Analogie der oben angegebenen Bestimmungen über weltliche Institute mögte man aber solches anzunehmen fast berechtigt seyn.

Hievon indeß abgesehen, so wurde eine Wohlthätigkeits-Anstalt nur als eine Zugabe zu der Kirche angesehen, der Zusammenhang der Kirche mit den Wohlthätigkeits-Anstalten war also ein unmittelbarer und gesetzlich nothwendiger. Dieser Zusammenhang mußte aber wegfallen, sobald man dergleichen Institute als für sich bestehend betrachtete.

Mögen daher die angeführten Gesetze da ihre Anwendung finden, wo das dem Gesetze klar unterliegende Princip, daß die milden Stiftungen lediglich der Kirche

überlassen seyn, vorherrschend und der unmittelbare und nothwendige Zusammenhang der Kirche mit jenen Stiftungen bestehen blieb; jene Gesetze können dagegen in einem Staate diese Anwendung nicht haben, wo jener Zusammenhang der Kirche mit den Wohlthätigkeits-Anstalten aufgehoben ist, wo diese Anstalten für sich bestehen und nicht der Oberaufsicht der Kirche, sondern der der weltlichen Regierung unterworfen sind, auch keinen Bezug auf die Kirche haben. Hier waren unter gesetzlicher Autorität neue Rechts-Ansichten, neue Einrichtungen und Grundsätze in's Leben getreten, welche mit den zur Zeit der Emanirung der älteren Gesetze in Widerspruch stehen und die älteren Gesetze können nach der oben aufgestellten Lehre über Anwendung der Gesetze auf solche neu entstandene Rechtsverhältnisse nicht angewandt werden.

Die Waisenhäuser, Hospitäler und sonstigen Wohlthätigkeits-Anstalten sind nur noch im Königreiche Hannover, namentlich in der Provinz Hildesheim, der Oberaufsicht der Staats-Behörden ausschließlich unterworfen,*) sie stehen in keinem Verhältnisse zu der Kirche, der Bischof ist nicht Repräsentant der katholischen Wohlthätigkeits-Anstalten, die protestantische Landes-Regierung aber kann, wenigstens rücksichtlich katholischer Wohlthätigkeits-Anstalten, die Stelle der Kirche nicht einnehmen.

Es wird niemandem beifallen, zu behaupten, daß dergleichen Anstalten wegen eines Zusammenhanges mit der Kirche bey uns von

*) Die milden Stiftungen in der Stadt Hildesheim stehen zunächst unter einem Armen-Administrations-Collegio, die Oberaufsicht über sämmtliche dergl. Stiftungen steht der Landdrostey zu. Man vergleiche zudem auch das Patent über die Genehmigung des Blumschen Waisenhauses.

selbst zu einer Existenz erhoben werden und daß eine Genehmigung der Regierung zur Errichtung derselben nicht nothwendig sey. In dieser Hinsicht sind dieselben also den weltlichen Instituten völlig gleich zu achten, daß solche aber, wenn die Regierung die Genehmigung zur Errichtung derselben nicht ertheilt hat, gänzlich erbunfähig sind, haben wir oben an den Tag gelegt.

Daß endlich die Waisen nicht die Erben seyn können, geht daraus hervor, daß nur die Aufkünfte des Nachlasses zu ihrer temporellen Alimentation dienen sollen, sie also an der Substanz des Nachlasses keine Rechte erwerben können.

So glauben wir die Meinung aussprechen zu können:

daß das Blumsche Testament wegen mangelnder Erbfähigkeit des zum Erben eingesetzten Waisenhauses nicht rechtsbeständig sey.

Durch einen solchen richterlichen Ausspruch würde das ganze Testament in allen seinen Bestimmungen über den Haufen fallen; denn eine clausula codicillaris, wodurch das Testament vielleicht theilweise aufrecht erhalten werden könnte, ist demselben vom Testirer nicht hinzugefügt. Mögen die Ansichten Mancher der oben ausgesprochenen Meinung entgegen seyn, *) so ist doch auf keinen Fall zu verkennen, daß der Ausgang des Streites zweifelhaft sey. Ein billiger Vergleich möge daher dem

*) Wir werden uns ein Vergnügen daraus machen, solche gegentheilige Meinung in diesen Blättern bekannt zu machen, sobald uns zu solchem Zwecke deren weitere Ausführung mitgetheilt wird, die sich gewiß einer großen Theilnahme zu erfreuen haben wird. Die Red.

Endurtheile zuvorkommen; auch ein verminderter Fond würde die beabsichtigte Wohlthat erreichen lassen.

II. Ueber den Umfang des Pfandrechts in Bezug auf Accessorien der Hauptschuld.

I.

Die Rechtslehrer sind bekanntlich nicht darüber einig:

1) ob das Pfandrecht dem Gläubiger auch dann, wenn es in der Obligation nur für die Hauptschuld bestellt worden, wegen der Conventional-Zinsen und Conventional-Strafe haftet;

2) ob dasselbe nur auf die nothwendigen, oder auch auf die nützlichen, Auslagen und Verwendungen, und

3) auf Verzugszinsen sich erstreckt.

Einige*) behaupten, (ad 1.) daß man in allen Fällen, wo die Zinsen vom Pfandrecht nicht ausdrücklich ausgenommen worden, annehmen müsse, daß es beyder Theile Willensmeinung gewesen sey, dasselbe dafür mit zu ertheilen. Andere**) dagegen wollen, daß das Pfandrecht für die Zinsen ausdrücklich mit constituirt seyn müsse, um auf solche bezogen werden zu können. — Von der Conventional-Strafe gelten dieselben Grundsätze.***)

---

*) Thibaut Syst. des Pand. R. §. 646. Weber Beyträge zum stillschw. Conv. Pfand-R. §. 11. Glück Comm. zu Helfeld Bd. 16. S. 175. Seuffert. Erört. Abth. 2. № 33. S. 112.

**) *Erxleben* de jure pign. §. 13, *Malblanc* Princ. jur. Rom. §. 566. Meißner vom stillschw. Pfandr. §. 14. Letzterer bemüht sich besonders, Weber's Ausführung zu widerlegen, jedoch nicht aus Gesetzen.

***) Dieß sagen ausdrücklich die in der ersten Note genannten

In Bezug auf Verwendungen giebt es (ad 2.) drey verschiedene Meinungen. Während einige Rechtslehrer *) nur die nothwendigen vom Pfandrechte afficirt werden lassen wollen, und andere **) auch die nützlichen, legen noch andere ***) den letzteren ein Retentionsrecht, eine persönliche Klage, bey.

Wegen der Verzugszinsen giebt es dann (ad 3.) wieder zweyerley Meinung. Nach einer Meinung †) darf das Pfandrecht auf solche bezogen werden, und nach einer andern Meinung ††) nicht.

II.

In folgenden Fällen kann das Pfandrecht auf Zinsen, Verwendungen, Kosten und Strafe seine Wirkung äußern: †††)

1) Wenn der Gläubiger sich im Besitze des Pfandes befindet und dem Schuldner gegenüber steht. — Hier

---

D. D. Thibaut a. a. O. Weber §. 14. Seuffert a. a. O. Glück S. 176.

*) Thibaut a. a. O. Seuffert a. a. O. Schweppe Röm. Priv. R. §. 294.

**) Gesterding Pfand-R. S. 44. (ad. 1.)

***) Weber §. 17. 18. Glück a. a. O.

†) *Pufendorf* Obs. Tom. I. No. 13. *Lauterbach* Coll. theor. pr. L. 20. Tit. 1. §. 59. Weber §. 10. Glück S. 175. Thibaut a. a. O. Seuffert a. a. O. Ueber den term. a quo v. *Hommel* Rhaps. Obs. 234.

††) Meißner a. a. O. Derselbe hebt bey dem von Pufendorf referirten Präjudiz besonders hervor, daß die Hypothek ausdrücklich dafür bestellt gewesen sey, daß die Zahlung so bald als möglich erfolgen solle: „moram sese non commissuram — sub hypotheca bonorum cavit.“ Pufendorf spricht sich übrigens deutlich genug aus, daß es auf solche ausdrückliche Stipulation ihm nicht unumgänglich anzukommen scheine.

†††) Weber §. 20 — 29.

kann er schon wegen des ihm zuständigen Retentionsrechtes Zinsen, Kosten, Impensen und Strafe geltend machen, selbst durch Verkauf des Pfandes. —

2) Wenn der Gläubiger das Pfand zwar besitzt, aber es mit einem creditori potiori zu thun hat.

3) Wenn der besitzende Gläubiger es mit einem nachstehenden Gläubiger zu thun hat.

4) Wenn der Gläubiger das Pfand nicht besitzt, sondern gegen den Schuldner verfolgt.

5) Wenn er es gegen einen dritten Besitzer verfolgt.

6) Wenn über des Schuldners Vermögen ein Concurs ausgebrochen ist. Die Accessorien, worauf das Pfandrecht bezogen werden darf, dürfen solches auch im Concurse geltend machen und neben dem Hauptstuhl Location fordern. *)

III.

Im nachfolgenden Rechtsfalle trat Königl. Justiz-Canzley zu Celle in Betreff der Accessorien der Ansicht bey, welche verlangt, daß das Pfandrecht ausdrücklich auf die Hauptschuld beschränkt seyn müsse, wenn es auf jene keine Wirkung äußern soll. Diese Ansicht möchte allerdings auch wohl den meisten Beyfall verdienen.

Ein Gutsbesitzer, über dessen Vermögen Concurs ausbrach, hatte über drey verschiedene Anleihen folgende Obligationen ausgestellt:

A. „Ich bekenne hiemit, daß ich — — — baar in einer Summe erhalten, ich bescheinige hiemit den richtigen Empfang und entsage der Einrede des nicht empfangenen Geldes. — — Zur Sicherheit meines Gläubigers setze ich demselben mein Gut mit allen den Vortheilen, die dem Gläubiger, der zum Ankauf einer Sache Geld geliehen und sich daran eine Hypothek bestellen läßt, zukommen, zum speciellen Unterpfande, und dann noch insgesammt mein übriges sämtliches Vermö-

*) L. 18 et 20. D. Qui pot. in pignore.

gen ꝛc. Für die Nutzung dieses Capitals verspreche ich jährlich 4 Procent in gleicher Münze, wie die des Capitals ist, zu bezahlen. —— Schließlich entsage ich allen und jeden Einreden" ꝛc.

B. „Ich bekenne, daß ich die Summe von —— baar erhalten. —— Zur Sicherheit der obenerwähnten Summe, die mir jährlich mit 3 von hundert zu verzinsen oblieget, gebe ich —— mein Gut mit allen Zubehörungen und den darauf befindlichen Sachen zur Hypothek und zwar mit dem vorzüglichen Rechte, welches einem jeden der Gläubiger, der zum Ankauf einer Sache Geld hergeliehen und sich die ganze angekaufte Sache dafür zur Hypothek hat verschreiben lassen, den Rechten nach zusteht. — Ich entsage allen Einreden" ꝛc.

C. „Kraft dieser Obligation bekenne ich, daß mir —— zum Ankauf meines Gutes angeliehen. —— Zur Sicherheit dieses Capitals gebe ich —— mein Gut zur Special-Hypothek, wie auch mein übriges sämtliches Vermögen zur General-Hypothek mit der ausdrücklichen Versicherung, sich im Falle säumiger Zahlung daraus sogleich bezahlt zu machen ———. Für die Nutzung dieses Capitals verspreche ich jährlich 4 Procent in gleicher Münze zu bezahlen." ꝛc.

Königl. Justiz-Canzley billigte nun im Prioritäts-Urtheil (vom 18. März 1829) allen drey Capitalien die angemeldeten Conventional-Zinsen, dem ersteren auch die vor dem Concurse erwachsenen Proceßkosten, — der-gleichen bey den übrigen nicht in Frage kamen, — in gleicher Priorität neben den resp. Hauptstühlen zu. Hiergegen opponirte sich aber eine nachstehende Gläubigerin aus dem Grunde, weil das in den Obligationen bestellte Pfandrecht für die Zinsen und Kosten nicht gegeben sey.

Kgl. Justiz-Canzley wies indessen diese Remonstration (unterm 23. Juny 1829) mittelst folgenden Bescheides zurück:

— „Da die Zinsen in den Obligationen selbst stipulirt worden und auch die Verpfändung ganz unbestimmt erfolgt, ohne daß dabey eine besondere Beschränkung rücksichtlich des Capitals ausgedrückt ist, mithin als auf Alles, was zur Schuld gehörte, also auch auf die Kosten auszudehnen ist, so kann dem Antrage nicht deferirt werden."

Königl. Oberappellations-Gericht bestätigte diesen Spruch rücksichtlich der ersteren beyden Obligationen (unterm 26. Nov. 1830); rücksichtlich der dritten aber erkannte dasselbe emendatorie verbis:

„Nachdem die —— vom Gemeinschuldner bestellte Special-Hypothek nach deutlichem Inhalte der Obligation nur in Beziehung auf die Capitalforderung ertheilt ist, mithin auf die liquidirten Zinsen nicht ausgedehnt werden mag, und dann" rc.*)

*) Der Unterschied, welchen das höchste Tribunal zwischen dem dritten und den ersteren beyden Documenten angetroffen hat, ist dem Ref. nicht klar. Es würde ihm lieb seyn, darüber in diesen Blättern durch Jemanden, welchem der Unterschied deutlich ist, belehrt zu werden.

III. Ueber die Verpflichtung der unterliegenden Parthei, dem Gegentheile die durch Assistenz eines Sachführers veranlaßten Kosten zu erstatten, in Beziehung auf §. 15. der Proceß-Ordnung für die Untergerichte; sowie über die Verbindlichkeit der Gerichte, den Partheien die durch Beschwerden bey den Obergerichten veranlaßten Kosten zu erstatten.

Durch den §. 15. der Proceß-Ordnung für die Untergerichte ist bekanntlich bestimmt, daß die Kosten der Assistenz

eines Sachführers vom Gegentheile, der zur Kosten-Erstattung verurtheilt ist, nur dann zu tragen sind, wenn sie zur Erreichung des gesetzlichen Zweckes unvermeidlich waren; und daß namentlich die Reisekosten und Diäten, wenn nicht erhebliche Gründe eine Ausnahme rechtfertigen, in dem Falle nicht erstattet zu werden brauchen, wenn ein Sachführer am Orte des Gerichts zu erhalten war.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn ein Sachführer bey einem Untergerichte in einer Rechtssache behuf Anfertigung des Appellations-Libells die Acten inspicirt hat, die obsiegende Parthei vom Gegentheile die Reisekosten und Diäten erstattet verlangt, und der Umstand, daß ein Sachführer am Orte des Gerichts zu haben war, dem Gesuche entgegen tritt?

Ist hier ein erheblicher Grund zur Ausnahme, die der §. 15. gestattet?

Kann hier die letztere zur Anwendung kommen, wenn gleich die Kosten zur Appellations-Instanz gerechnet werden müssen?

Muß die Parthei, der die Kosten vom Untergerichte aberkannt worden, sich eines der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen, oder kann sie sich gleich mit einer Beschwerde gegen das Gericht an die Oberbehörde wenden?

Die J. C. zu Hannover entschied in Sachen L. und R. gegen die Gemeinde R. wegen einer spoliirten Büche unter dem 27. März 1830 folgender Gestalt:

Der vorliegende Fall ist zwar weder nach den für das Obergericht bestehenden, noch nach den vor dem 1. Januar 1828 für die Untergerichte anwendbar gewesenen Proceß-Normen, sondern unter zu Grundelegung der Vorschriften der Untergerichts-Ordnung vom 5. Octbr. 1827 zu entscheiden; auch haben die Querulanten durch Anstellung der Querel gegen das Amt, den formell richtigen Weg eingeschlagen;

die Hauptsache jedoch betreffend, so rechtfertigt sich durch den §. 15. der Untergerichts-Ordnung die Amt-

liche Verfügung nicht; denn der angezogene §. bezweckt nur den Auftritt der Partheyen bey processualischen Verhandlungen in Begleitung entfernt wohnender Rechtsbeistände zu verhindern, und kann nicht auf das Geschäft der Acten-Inspection bezogen werden, welches nach der Natur der Sache füglich nur von dem Sachführer ohne Concurrenz der Parthey vorgenommen werden kann; wie daher in der Untergerichts-Ordnung keine Vorschrift enthalten ist, vermöge welcher die Kosten der Acten-Inspection, so wie von dem Amte angenommen worden, zu beschränken wären, und demnach mittelst copeylich nebengehenden Decreti vom heutigen Tage das gegenwärtige Rescript erkannt worden;

so hat das Amt den Querulanten die fraglichen Diäten und Reisekosten ihres Sachführers, deren gerichtliche Moderatur jedoch vorbehältlich, zuzubilligen.

In dieser Sache war auch von der querulirenden Parthei darauf angetragen, daß das Untergericht, welches die Kosten aberkannt hatte, in die Kosten, die durch die Beschwerde veranlaßt wurden, verurtheilt werden möge. Die J. C. ging aber auf den Antrag nicht ein, sondern erkannte:

daß, da die von dem Amte getroffene Verfügung das Gepräge augenfälliger Unhaltbarkeit in keine Wege trage, sondern allerdings einige wohl anscheinende Gründe für sich habe, dem Gesuche der Querulanten um dessen Verurtheilung in die Kosten der Querel nicht zu deferiren stehe.

Es geht mithin die J. C. zu Hannover von dem Grundsatze aus, daß die Gerichte nur dann die Kosten, die den Partheien durch Beschwerden über jene veranlaßt worden, zu erstatten haben, wenn nicht nur die Beschwerden vollkommen begründet erscheinen, sondern auch den Gerichten nicht der geringste Entschuldigungsgrund zur Seite steht.

W. Heine.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.

Inhalts-Anzeige.

I. An Beiträgen zur Kenntniß der Rechtsquellen.

II. Abhandlungen und Rechtsfälle.

III. Literatur.

IV. Miscellen.



für das Königreich Hannover.

№ 1. Den 1. July 1832.

Extract

aus einem Rescripte des Königlichen Cabinets-Ministerii an das Hannoversche Consistorium vom 23sten April 1827, das forum personale der Nebenschulmeister betreffend.

— — — Ferner stehen in sonstigen Personal-Klagesachen die Schulmeister bei den Pfarrkirchen immer nur unter dem Consistorio, die Nebenschulmeister an anderen Orten, wenn sie blos aus dem Jugend-Unterricht ihr Hauptgeschäft machen, d. h. keinen Ackerbau und kein Handwerk als eigentliches Gewerbe treiben, gleichmäßig unter

dem Consistorio; im entgegengesetzten Falle aber unter der weltlichen Obrigkeit. — — —

Hannover, den 23sten April 1827.

Königliche rc. zum Cabinets-Ministerio verordnete General-Gouverneur und Geheime-Räthe.
Aus dem geistlichen Departement.
Arnswalt.

An
das Königliche Consistorium
hieselbst.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Einige Bemerkungen über das pignus judiciale und den Verkauf der bei erkanntem Generalarreste schon vorher gerichtlich aufgezogenen Pfande, nach den im F. Osnabrück geltenden Gesetzen.

(Mitgetheilt von dem Herrn Justizrathe Struckmann in Osnabrück.)

Nach gemeinem Rechte erwirkt der Gläubiger dadurch, daß zu seiner Befriedigung wegen einer rechtskräftig evincirten Forderung durch ihn der Richter Güter des Schuldners in Besitz nehmen läßt, ein Pfandrecht an den abgepfändeten Sachen vom Zeitpunkte der Besitzergreifung an. 1)

Die Osnabr. Concursordn. hat im §. 33. sub № 3. dies s. g. pignus judiciale nicht nur bestätigt, sondern

1) L. 10. D. qui potiores in pign. 20, 4.
L. 2. 3. C. eod. 8, 18.
L. 1. C. Si in causa judic. 8, 23.

auch noch in Hinsicht seiner Entstehung dadurch begünstigt, daß sie die Besitzergreifung, welche das Römische Recht fordert,[2] nicht zur Bedingung desselben macht, vielmehr das Pfandrecht schon an die bloße Aufziehung der Pfande, d. h. die Annotation der Pfandstücke knüpft. Zugleich hat sie demselben den ihm nach Römischem Rechte häufig bestrittenen Rang unter den öffentlichen Pfandrechten nach dem Unterschiede des Alters gesichert, indem sie sich in dieser Hinsicht der vom weil. Canzlei-Director, nachmaligen Vice-Canzler Hartmann in seinen bekannten

Ohnmaßgeblichen Gedanken, wie in Concurs-Sachen über freie Güter eine Prioritäts-Ordnung eingerichtet werden könne. §. 8. nu. 2.

bezeugten und mit der Meinung des damals bei den Gerichten im höchsten Ansehen stehenden Leysers[3] übereinstimmenden Praxis der vormaligen Land- und Justiz-Canzlei angeschlossen hat.

Da das Gesetz nur von aufgezogenen Pfanden im Allgemeinen redet, so entstanden Zweifel darüber, wie es nach erkanntem Generalarreste wider den Schuldner mit dem schon vorher nicht bloß aufgezogenen, sondern auch zum Verkauf oder zur Sicherheit des Gläubigers, welcher die Execution ausgebracht, an einen dritten Ort gebrachten oder dem Gläubiger bereits gerichtlich adju-

---

2) L. 26. §. 1. D. de pignorat. 13, 7.
Pufendorf, Tom. III. Obs. 61.
Gesterding, Lehre v. Pfandrechte. 2. Aufl. S. 155.

3) *Leyser*, Spec. 476. med. 7.
Damit im Wesentlichen stimmen auch die meisten neueren Rechtslehrer überein. S. z. B.
Glück, ausf. Erläut. der Pand. Bd. 18. S. 219.
Gesterding, a. a. O. S. 200.

dicirten Pfanden zu halten sei, ob auch an solchen Pfandstücken der Creditor, der die Execution ausgewürkt, bloß ein gerichtliches Pfandrecht habe, mithin seine Befriedigung aus der Gesammt=Concursmasse, wohin alsdann auch jene Pfandstücke abzuliefern seyn würden, erwarten müsse, oder ob er verlangen könne, daß zu seiner Befriedigung mit dem Verkaufe der ausgelangten oder adjudicirten Pfande ohnerachtet des erkannten Generalarrestes weiter verfahren werde? Um diese Zweifel zu beseitigen erklärte die Regierung:

1. daß, wenn die Pfande an einen dritten Ort gebracht worden, es dabei zu belassen und mit der Vollziehung des Verkaufs weiter zu verfahren, sodann das daraus gelösete Geld von dem Vogte einzuheben und so lange einzubehalten sei, bis der Convocationsrichter darüber erkannt habe, ob etwa ein anderer unter den Gläubigern ein näheres Recht daran habe, oder ob solches dem Gläubiger, der die Pfandung ausgebracht, zu verabfolgen sei;

2. daß hingegen in dem Falle, wo es bereits zu der (nach dem vormaligen Verfahren jedesmal dem Verkaufe der Pfandstücke vorangehenden) gerichtlichen Adjudication der aufgezogenen Pfande gekommen sei, wenn diese auch zufällig nicht ausgelangt worden, dennoch solche in der Maaße als des Gläubigers Eigenthum angesehen werden sollen, daß sie von dem Vogt verkauft, der Gläubiger, dem sie adjudicirt worden, wegen seiner Forderung und Kosten daraus befriedigt und der etwaige Ueberschuß dem Convocationsrichter oder dem Emonitor eingeliefert werden sollen. 4)

4) Gesetzl. Erklärung v. 5. Mai 1807 im Cod. Const. Osn. Th. 2. Bd. 2. S. 867.

Diese Bestimmungen über die bereits ausgeklagten oder adjudicirten Pfande haben jedoch durch die neue Untergerichtsproceßordnung größtentheils ihr Interesse verloren. Denn eines Theils schreibt dieses Gesetz im §. 171. völlig deutlich und bestimmt vor, daß die gepfändeten Sachen (wenn nicht ein anderes gütliches Abkommen zwischen dem Schuldner und Gläubiger getroffen wird) nach Ablauf von 8 bis 14 Tagen sei der Auspfändung durch den vom Untergerichte beauftragten Executor oder in wichtigen Fällen durch das Gericht selbst verkauft werden sollen; woraus denn von selbst folgt, daß es nach geschehener Abpfändung vorgängig nicht weiter einer Adjudication der Pfandstücke bedarf, um solche zum Verkaufe zu bringen, sondern daß das Gericht oder der Executor von Amtswegen, und ohne einen Antrag auf Adjudication und Distraction abzuwarten, nach Ablauf der bestimmten Frist zum Verkaufe zu schreiten verpflichtet ist, wenn nicht immittelst die Partheien angezeigt haben mögten, daß sie sich gütlich vereinigt hätten. Anderer Seits enthält die U. G. P. Ordn. im §. 189. die allgemeine Vorschrift, daß nach Eröffnung des Concurses, wovon die Erkennung des Generalarrestes eine unmittelbare Folge ist (§. 188.), alle einzelne Executionen sistirt werden sollen, und der Gläubiger nunmehr seine Befriedigung aus der ganzen Masse erwarten muß. Da nun mit der Einführung der U. G. P. O. alle früher bestandene gesetzliche Vorschriften über den Proceß für die Untergerichte zufolge §. I. des Publicationspatents vom 5. Oct. 1827 ihre Gültigkeit verloren haben: so kann, wenn gegenwärtig von einem Untergerichte die Execution verfügt worden ist, eine Adjudication überall nicht mehr vorkommen, und eine Fortsetzung der Hülfsvollstreckung

nach erkanntem Generalarreste überall nicht weiter statt finden. Zwar enthält die Declaration vom 5. Mai 1807 in Betreff des aus der Adjudication erwachsenden Vorzugsrechts an sich keine Proceßvorschrift; allein sie ist mit dem damals üblichen Executionsverfahren so eng verbunden, daß sie mit demselben stehet und fällt. Wenn die Adjudication nicht mehr Statt hat: so kann ja auch von einem dadurch bewürkten Vorzugsrechte keine Rede seyn.

Selbst bei den von den Obergerichten erkannten Executionen kann dies Vorzugsrecht nicht weiter in Frage kommen, weil die Vollziehung derselben sowohl gegen befreiete als nicht befreiete Personen nicht durch die Obergerichte selbst, sondern durch die Untergerichte, an welche des Endes Executoriales erlassen werden, geschieht; den Untergerichten aber bei dem Executionsverfahren jetzt nicht mehr die älteren Provinzialgesetze, sondern lediglich die Vorschriften der neuen U. G. P. Ordn. zur Norm dienen können.

Dahingegen muß freilich, nachdem von einem Obergerichte der Generalarrest wider einen Schuldner erkannt worden ist, hinsichtlich der schon vorhin demselben abgepfandeten und zum Verkauf oder zur Sicherheit des Gläubigers an einen dritten Ort gebrachten Güter der älteren gesetzlichen Erklärung gemäß mit der Execution fortgefahren werden, weil die Folgen eines vom Obergerichte in Gemäßheit der bestehenden älteren, bislang nur für die Untergerichte für aufgehoben erklärten, provinciellen Gesetze über das Concursverfahren erkannten Generalarrestes, wie sich von selbst versteht, nach keinen anderen als diesen den Obergerichten zur Norm dienenden Gesetzen, keineswegs aber nach den Vorschriften der U. G. P. O. beurtheilt werden können.

Das nachstehende diesen Gegenstand betreffende Rescript des Königl. Cabinetsministerii ist durch einen Bericht des Kön. Amts Fürstenau veranlaßt worden.

Wir haben aus dem Berichte des Amts vom 6. d. M. ersehen, welche Zweifel bei selbigem, über die im §. 171. der Pr. Ordn. für die U. G. enthaltene Bestimmung, insbesondere aber hinsichtlich der unterm 5. Mai 1807 erlassenen Erklärung, die bei erkanntem General-Arrest schon vorher gerichtlich aufgezogenen Pfänder betreffend, vorgekommen sind; und wie dasselbe daher veranlaßt ist, eine authentische Erklärung darunter nachzusuchen:

1) ob es nach geschehener Pfändung überhaupt noch einer Adjudication der Pfandstücke bedürfe, um solche zum Verkauf zu bringen?

2) ob — wenn solches zu verneinen — nach Ablauf der im §. 171. bestimmten 8 bis 14 Tage, der Gläubiger auf den Verkauf der Pfandstücke antragen, oder das Gericht solchen unaufgefordert von Amts wegen erfolgen lasse? und

3) ob die Declaration vom 5. Mai 1807 noch gesetzliche Kraft habe oder als aufgehoben zu betrachten sei?

Wir können uns nun zwar nicht bewogen finden, eine authentische Erklärung hinsichtlich dieser Fragen zu veranlassen, wollen jedoch unsere desfallsige Ansicht um so weniger dem Amte vorenthalten, da Wir annehmen mögen, daß selbiges darnach die gehegten Bedenken selbst aufgeben werde.

Im Allgemeinen bedarf es kaum erst der Bemerkung, daß da die Proceß-Ordnung im §. 171. das Verfahren bei dem Verkaufe ausgepfändeter Sachen genau vorschreibt, auch nur diese gesetzlichen Formalitäten dem Richter zur

[illegible] — das Gesetz schreibt nun aber nicht vor, daß der Executor nach vorgenommener Auspfändung vorgängig noch einer sogenannten Adjudication bedürfe, um die Pfandstücke zum Verkauf zu bringen, vielmehr hat der Richter nach Vorschrift des §. 164. der Pr. Ordn., die Art wie die Execution vollstreckt werden soll, dem damit beauftragten Gerichts-Unterbedienten, bei dem Executionsbefehle bereits vorzuschreiben, und der Executor bei dem Verkaufe der ausgepfändeten Sachen demgemäß und nach Anweisung des §. 171. zu verfahren.

Ist von Seiten des Richters die vorgedachte Bestimmung des §. 164. gehörig beachtet worden, so wird es eines besonderen Antrags des Gläubigers, wegen Verkaufs der gepfändeten Sachen, um so weniger bedürfen, da die Auspfändung selbst zum Zweck des Verkaufs vorgenommen wird, und es zu den Obliegenheiten des Executors gehört, mit dem ordnungsmäßigen Verkaufe, unter Wahrnehmung der desfalls bestimmten Fristen, vorzuschreiten.

Wenn somit bei einer richtigen Anwendung der betreffenden Vorschriften der Pr.-Ordnung die beiden ersten Fragen sich von selbst erledigen, so wird auch der in Betreff der fortdauernden Gültigkeit der Erklärung vom 5. Mai 1803 erhobene Zweifel, dadurch als beseitigt um so mehr erscheinen, da diese nur erwähnte Declaration ohnehin nur die Frage über ein Vorrecht an den im Concursprocesse gerichtlich adjudicirten Mobilien hat entscheiden sollen, hinsichtlich des Concursprocesses aber, die Proceß-Ordnung ebenfalls bestimmte nähere Vorschriften enthält. Hannover, den 17. October 1831.

Königliches ꝛc. Cabinets-Ministerium.

Justiz-Departement.

An das Amt Fürstenau.

II. Die nach vorgängiger Hengstschau ertheilten Concessionen zur Benutzung von Privatbeschälern haben nur in demjenigen Landdrosteybezirke Gültigkeit, in welchem dieselben ertheilt sind.

Sicher wird Mancher geneigt seyn mit dem Einsender das Resultat der Untersuchung eines Privatbeschälers durch die dazu angeordnete Commission für ein bloßes Capacitätszeugniß zu halten, welches an keine Localität gebunden ist. Die Zahl derer, die diese Ansicht theilen, muß um so größer seyn, als der Gang unserer Gesetzgebung bis zu dem jetzigen Concessionswesen anscheinend keine andere Erklärung zuläßt.

Dennoch ist sie nicht die richtige, wie der nachfolgende Fall beweiset:

Peter Meier aus Holtum, Amts Verden, kaufte einen im Landdrosteybezirke Hannover untersuchten und gutgethanen Beschäler und bediente sich desselben an seinem Wohnorte auf den Grund des ihm mitübergebenen Zeugnisses der Prüfungscommission.

Das Amt Verden nahm ihn dieserhalb in 10 Rthlr. Strafe. Auf desfallsige Beschwerde an die Landdrostey in Stade wurde ihm die Strafe im Wege der Gnade zur Hälfte erlassen. Er glaubte jedoch von Rechtswegen straflos zu seyn, lehnte die Gnade in einer Recursvorstellung an Königliches Ministerium ab und trug darauf an, der Landdrostey aufzugeben, ihn für gänzlich straflos zu erklären.

Hierauf ist nachfolgende Resolution von Königlichem Ministerio unterm 16. März 1832 erlassen.

Dem Einwohner Johann Peter Meier in Holtum

wird auf dessen unter dem 27. September d. J. eingebrachte Beschwerde — die von der Königlichen Landdrostey in Stade wegen Haltung eines im dortigen Landdrosteibezirke nicht concessionirten Beschälers wider denselben erkannten Geldstrafe betreffend — hiedurch zur Resolution ertheilt, daß das Königliche Cabinetsministerium nach Einsicht der, sowohl bei der Königl. Landdrostei in Stade, als auch bey dem Amte Verden, über diesen Gegenstand verhandelten Acten sich nicht veranlaßt finden könne, eine Aenderung derjenigen Strafbestimmung eintreten zu lassen, welche auf den Grund der Bekanntmachung vom 21. December 1827 von der Königlichen Landdrostei in Stade mittelst Rescripts vom 8. August v. J. wider den Querulanten verfügt worden, und bey welcher eine billige Berücksichtigung der dem letztern etwa zur Seite stehenden Entschuldigungsgründe um so weniger zu verkennen ist, als derselbe sich nachträglich zu bescheiden müssen, daß die einem von dem Einwohner Johann Hinrich Bockelmann zu Wachsstedt Amts Westen für den Bezirk der Königl. Landdrostei Hannover ertheilten Concession zum Gebrauch eines Beschälers keine Ausdehnung auf den Bezirk der Königlichen Landdrostei in Stade zu Gunsten des Supplicanten ohne Weiteres gegeben werden konnte.

Hannover, den 26. März 1832.

Königlich Großbrit. Hannoversches Cabinetsministerium.

Finanzdepartement.

Schulte.

Es wäre zu wünschen, daß die Unterthanen mit den Verhältnissen bekannt gemacht würden, unter denen es

gestattet ist, sich eines in der einen Provinz gutgethanen Beschälers auch in einer andern zu bedienen, damit nicht Mehrere, wie Meier in Holtum eine Erfahrung machen, von der sie sich keinen Grund denken können.

Verden, am 15ten April 1832.

L. Matthäi.

Rechtsfall.

1) Unterlassene Beobachtung der Proceßvorschriften von Seiten des Unterrichters begründet ein Restitutionsgesuch gegen den Ablauf der fatalia interponendae appellationis.

2) Die Bremen- und Verdensche Policey-Ordnung v. 20sten July 1692 obstirt der Klagbarkeit der von den Meyerleuten, ohne Zuziehung der Gutsherren versprochenen Abfindungen.

Der Hauswirth N. N. in *, (Herzogthum Bremen) besaß zwey Meyerstellen. Als sich seine Tochter im J. 1817 verheirathete, wurde eine Ehestiftung errichtet, worin dieselbe von der einen Hofstelle abgefunden, die Bestimmung ihrer Abfindung aus der zweiten väterlichen Stelle aber bis dahin ausgesetzt wurde, daß solche demnächst von dem Vater an dessen Sohn werde übergeben werden. Als dieser Fall, nach Verlauf mehrerer Jahre, eintrat, behauptete der Schwiegersohn des N. N., daß sein Schwiegervater im J. 1817 mündlich versprochen habe, seiner Tochter aus jenem 2ten Hofe 400 Rthlr., 1 Pferd, 3 Kühe, 3 Schweine und 20 Schaafe an Abfindung zu geben.

Da derselbe dieses Versprechen nicht erfüllen wollte, verklagte er ihn uxorio nomine bei dem Königl. Amte **,

und weil das der Klage zum Grunde gelegte Versprechen excipiendo in Abrede gestellt wurde, erkannte das Amt am 19ten Nov. 1828, nachdem der Kläger ganz kurz ad protocollum replicirt hatte, in ipso termino:

daß Kläger, mit Vorbehalt des Gegenbeweises, in termino den 3ten Dec. a. c. sub poen. des. prob. rechtlicher Gebühr nach zu erweisen habe, daß Beklagter ihm, Klägern und seiner Ehefrau, versprochen habe, daß letztere auf dem * * Hofe des Beklagten auch noch außer der Abfindung aus dem * Hofe des Beklagten 400 Rthlr., 1r Pferd nächst den Betten, 3 Kühe, 3 Schweine und 20 Schaafe an Abfindung haben solle, worauf weiter erginge, was Rechtens.

Das Urtheil wurde dem in Person erschienenen Beklagten nicht weiter erklärt, derselbe auch nicht mit den ihm dawider zustehenden Rechtsmitteln bekannt gemacht.

Beklagter ließ das decendium um 5 Tage verstreichen und interponirte erst dann, als sein Gegner den Beweis angetreten und er sich Abschrift von dieser Beweis-Antretung erbeten hatte, die Appellation juncta querela an das Obergericht. Bei der Rechtfertigung seiner Beschwerden bat er um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das versäumte fatale interponendae appellationis, 1) propter ignorantiam juris, 2) wegen der Erheblichkeit der Materialien, 3) wegen des geringen nur aus Irrthum veranlaßten lapsus und 4) wegen des Grundsatzes, daß irrelevante Beweisauflagen nicht rechtskräftig würden.

Erst im Appellationslibelle berief er sich nun, auf die, in erster Instanz gar nicht vorgeschützte Einrede, daß nach Cap. III. §. 4. der Bremen- und Verdenschen

Policey = Ordnung, keine Ehe Notula, noch sonstige dispositiones inter vivos seu mortis causa zu machen, oder gültig zu achten, welche nicht mit Zuziehung der Gutsherrn — — — aufgerichtet werden sollten. Hieraus folgerte er die absolute Nullität des von seinem Gegner behaupteten Versprechens, und daß solche Einrede vom Unterrichter ex officio hätte supplirt werden müssen, obgleich sie von ihm nicht vorgeschützt sey, und bat um gänzliche Zurückweisung der wider ihn erhobenen Klage.

Das K. Hofgericht zu Stade gab jedoch am 17ten July 1829 folgenden Bescheid ab:

> daß dem Suchen um ein Rescriptum de emendando, praevia restitutione in integrum gegen den Ablauf der Interpositionsfrist, um so weniger zu deferiren sey, als Appellant, anstatt das Erkenntniß vom 19ten Nov. 1828 durch Rechtsmittel anzufechten, auf die Antretung des dem Appellaten in jenem Erkenntnisse nachgelassenen Beweises sich eingelassen, hinfolglich dem Erkenntnisse selbst sich unterworfen und die Einrede der fehlenden Einwilligung der Gutsherrschaft in prima instantia nicht einst obmovirt hat, eine Nichtigkeit des erwähnten Erkenntnisses aber überall nicht erfindlich ist.

Der Beklagte wandte sich nunmehr appellando et querulando an das Königl. Oberappellationsgericht in Celle, und war auch so glücklich, folgendes Verbesserungs = Rescript v. 10ten März 1830 zu erwirken:

> Wenn nun bey Aufnahme des Protocolls vom 19ten Nov. 1828 und bey Eröffnung des unter demselben dato erlassenen interlocutorischen Bescheides

die Vorschriften Unserer Untergerichts-Ordnung vom 5ten October 1827 §. 26 und 63. gänzlich außer Acht gelassen worden, mithin dem Imploranten die nachgesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Interpositionsfrist, zumal in Berücksichtigung der eingetretenen geringen Versäumniß und der übrigen vom Imploranten angeführten Causalien nicht versagt werden mag, das gedachte Interlocut selbst aber eine mit den Bestimmungen der Policey-Ordnung vom 20sten July 1692 Cap. 3. §. 4. in Widerspruch stehende,*) völlig irrelevante, Beweis-Auflage

---

*) Auch das Königl. Hofgericht in Stade hat den Grundsatz, daß die Vorschriften der Policey-Ordnung v. 1692, fortdauernd als gesetzliche Norm in Anwendung zu bringen seyen, und daher den, ohne Zuziehung der Gutsherren aufgerichteten Ehe Notuln oder sonstigen Dispositionen inter vivos seu mortis causa der Meyerleute, kein Klagerecht zustehe, mehrfältig anerkannt.

So ist unter andern, am 19ten Nov. 1825 in einer Appellations-Sache, in welcher das judicium a quo angenommen hatte, daß Verträge über Meyergrundstücke, welche ohne gutsherrliche Genehmigung geschlossen worden, nur rücksichtlich der Gutsherrschaft ohne Wirkung blieben, in Ansehung der Contrahenten jedoch, bis zu erfolgter gutsherrlicher Erklärung gültig seyen, an das Amt Osterholz dahin emendatorisch rescribirt:

Wenn gleich es dem Appellaten unbenommen bleiben mag, den gutsherrlichen Consens annoch zu erwirken, demnach es jedoch bislang daran ermangelt und mithin demselben noch zur Zeit kein Klagerecht erwachsen ist, aus diesen Gründen aber gegenwärtiges Rescriptum de emendando an Euch erkannt worden ist, als habt Ihr, wenn nach beschrittener Rechtskraft dieses Rescripts acta werden remittirt seyn, den Appellaten mit der von ihm

enthält, und dann, lant u. s. w. — — — als habt ihr, unter Wiederaufhebung eures Bescheides vom 17ten July v. J. dem Imploranten die erbetene Restitution gegen die Versäumniß der Interpositions-Frist zu ertheilen und dem Amte aufzugeben, daß dasselbe, mittelst Zurücknahme des gedachten Interlocuts vom 19ten Novbr. 1828 die darin enthaltene Beweis-Auflage beseitige und, nach vorgängig von dem Imploranten zu erfordernder Duplick, so wohl in der Hauptsache als der Kosten wegen anderergestalt erkenne, was Rechtens.

---

* erhobenen Klage, in Maaßen sie angebracht ist, abzuweisen und in die Kosten dieses Processes zu verurtheilen.

Miscelle.

In dem Staats-Calender von 1832 werden von Seite 502 — 523 die Advocaten, Justiz-Commissarien und Notarien im Königreiche aufgeführt, unter der Bemerkung, als Advocaten dürften sich nur diejenigen Candidaten der Rechte geriren, welche bei dem O. A. Gerichte nach dem erfolgten Examen immatriculirt seyen.

Gleichwohl werden fortwährend unter den Advocaten 4 Personen aufgeführt, welche nie die Rechtswissenschaft studirt, nie ein Examen bestanden, nie eine Matrikel erhalten haben.

Die Redaction des Staats-Calenders ist mehrmals auf den Umstand aufmerksam gemacht; sie hat aber bislang keine Notiz davon nehmen wollen, und so scheint die juristische Zeitung für das Königreich der zweckmäßigste

det, die Sache zur öffentlichen Kunde zu bringen. Die beregten Personen sind folgende:

Staats-Cal. S. 502, zu Alsum, Fr. Waldheim, (früher Registerschreiber.)
— — S. 507, zu Freyberg, J. Meth, (vormaliger Contrib. Einnehmer.)
— — S. 514, zu Horneburg, A. Brinkmann, (Schneider u. Gastwirth.)
— — daselbst, W. Hornbostel, (Candidatus theolog.)

Stade, den 2ten März 1832.

Stakemann.

Bemerkung.

Vom 1. Januar bis 31. März d. J. sind, nach Maaßgabe des im Druck erschienenen Verzeichnisses, folgende Urtheile und Bescheide vom Königl. Oberappellations-Gerichte abgegeben.

Austrägal-Sache.

Sententia definitiva.

Urtheile.

Zwey — Sententia reformatoria und Sent. partim reform. part. rejectoria.

Urtheile *in revisionis instantia*, der Justizcanzlei in Aurich zur Eröffnung an die Partheien, zugesandt.

Zwölf Stück.

Bescheide nach eingesehenen Acten voriger Instanzen.

Einhundert und zehn, worunter 14 emendatorische Rescripte, 13 zum Theil emendatorische, 1 Cassatorium und 80 Rejectoria.

Uebrige Bescheide.

Einhundert vier und neunzig, worunter 26 Rejectoria, 19 Desertoria und 15 Denegatoria.

* * *

Neun Advocaten wurden immatriculirt.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 2. Den 15. July 1832.

Materialien
zur Erläuterung der Königl. Verordnung vom 13. Juni 1828 wegen der Hypothekenbestellung.

(Mitgetheilt vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Obgleich die angeführte Verordnung nicht entfernt dem von allen Unbefangenen längst anerkannten dringenden Bedürfnisse einer zur Begründung eines soliden Privatcreditwesens in unserem Vaterlande geeigneten Hypothekenordnung abhilft: so verdient sie doch als ein einmal

bestehendes und allerdings einzelne sehr eingreifende Bestimmungen über das Hypothekenwesen enthaltendes, aber eben deshalb auch alle Gefahren halber Maaßregeln mit sich führendes, Gesetz die sorgfältigste Aufmerksamkeit und Prüfung, um so mehr, da einer Seits eine aus irrigen Ansichten über ihre Vorschriften hervorgehende Vernachlässigung oder verkehrte Anwendung derselben den Gläubiger eben so leicht um das Seinige bringen kann, als anderer Seits Mißverständnisse über ihren Inhalt häufig zu unnöthigen und der Eingehung nützlicher Geschäfte hinderlichen Bedenklichkeiten führen können. Auch dann noch, wenn dereinst unsere Gesetzgebung den Nachbarstaaten in der umfassenden Regulirung des Hypothekenwesens nachgekommen seyn wird, dürfte jene Verordnung und die Erforschung ihres wahren Inhalts nach allen Seiten hin, wegen der unter ihrer Herrschaft bestellten Pfandrechte, und wegen ihres Einflusses auf die schon vorhin eingeräumt gewesenen Hypotheken von größter Wichtigkeit bleiben. Im Fürstenthume Osnabrück erweckte sie sogleich bei ihrem ersten Erscheinen noch insbesondere deshalb Bedenklichkeiten, weil sie in mehrfacher Hinsicht mit der dort geltenden Concursordnung vom 20. Nov. 1777 in Collision gerieth und dieses schon mehrfach durch neuere allgemeine Hannoversche Landesgesetze abgeänderte Gesetz, auf welches das Land stolz ist, noch mehr durchlöcherte, ohne durch eine gründliche Abstellung der bisherigen Mängel und Unvollkommenheiten des gesammten Hypothekenwesens Ersatz zu geben. Man befürchtete, daß durch solche Verstümmelungen des consequent durchgeführten Gesetzes — so sah man die durch die neueren allgemeinen Landesverordnungen herbeigeführten theilweisen Abänderungen an — auch andere

wenngleich nicht gradezu aufgehobene oder berührte Bestimmungen desselben mittelbar im Laufe der Zeit erschüttert und verderbliche Ungewißheiten des Rechts neu herbeigeführt werden könnten, z. B. die Vorschriften über das für den Immobiliarcredit im Lande so äußerst wichtig gewordene Absonderungsrecht der Schulden des Erblassers.

Daher dürfte jedes minder oder mehr wichtige Hülfsmittel zur richtigen Auslegung und Anwendung der Verordnung den Lesern dieser Zeitung nicht unwillkommen seyn; und in dieser Rücksicht habe ich schon früher (Jahrg. V. Hft. 1. № 5.) ein, wenngleich keine authentische Interpretation über die vorgelegten Rechtsfragen enthaltendes, dennoch als gutachtliche Ansicht der höchsten Staatsbehörde über diese Fragen, sowie theilweise als Instruction behuf Vollziehung der Verordnung wichtiges, Rescript des Königl. Cabinetsministerii mitgetheilt und, wegen seiner Beziehung auf einen Bericht der K. Justizcanzlei zu Osnabrück, durch Anmerkungen zu erläutern gesucht, welchen größtentheils eben dieser Bericht zum Grunde liegt.

Einem mehrfach geäußerten Wunsche gemäß, in dieser Zeitung den erwähnten Bericht vollständig abgedruckt zu sehen, theile ich solchen in der Anl. 1. mit und lasse sodann in der Anl. 2. ein zweites, an das K. Catholische Consistorium zu Osnabrück auf dessen berichtliche Anfragen ergangenes Rescript des K. Cabinetsministerii folgen.

1.

An
das Königliche Großbritannisch-Hannoversche hohe Cabinets-Ministerium zu Hannover.

Bericht
der Königlichen Justiz-Canzley zu Osnabrück
vom 10ten October 1828,

für das Justiz-Departement.

das Hypothekenwesen betreffend.

Eine sorgsame Vergleichung der, die Zuständigkeit der Gerichte zu Bestellung der öffentlichen Hypotheken ꝛc. betreffenden Königlichen Verordnung vom 13. Juny 1828 mit der hiesigen Verfassung und der Concursordnung für das Fürstenthum Osnabrück hat mehrere Bedenklichkeiten und Zweifel in uns erweckt, welche bey der Anwendung der ebengedachten Königl. Verordnung sehr erhebliche Schwierigkeiten in den Weg stellen. Ew. Königlichen Hoheit und Ew. Excellenzen haben nun aber unseren früheren eben diesen höchst wichtigen Gegenstand befassenden Bericht vom 20. April 1827 mit einem so gütigen Wohlwollen aufgenommen, daß wir uns um so mehr verpflichtet halten, und es wagen zu dürfen glauben, Ew. Königl. Hoheit und Ew. Excellenzen jene Zweifel ehrerbietigst vorzulegen, und um eine hochgewogentliche Belehrung und Entscheidung unterthänigst zu bitten.

I.

Der 4. Paragraph der Königlichen Verordnung vom 13. Juny d. J., welcher auch besonders in dieser Beziehung in näherer Verbindung mit den §. §. 1. 2 und 3. derselben steht, enthält die Bestimmung, „daß der „Richter, bevor er eine Hypothek einträgt, sich überzeugt

„haben muß, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse
„zu deren Gültigkeit vorhanden sind."

In dem Fürstenthume Osnabrück herrschen nun, bey Ermangelung gesetzlicher Bestimmungen über diesen Gegenstand, viele Ungewißheiten über den Gerichtsstand der Personen sowohl, als über den der liegenden Gründe und der Gerechtsame, und hatte man auch früherhin keine Veranlassung, hierauf besonders zu achten, weil der vormaligen Justiz-Canzley eine concurrente Jurisdiction mit allen Gerichten zustand, Contracte und Pfandverschreibungen vor jedem Richter errichtet werden konnten, und Hypothekenbücher gar nicht existirten. In Betreff mehrerer Güter und Höfe, namentlich aber rücksichtlich vieler, aus den Marken acquirirten, mit canzleysäßigen Gütern vereinigten Grundstücke, so wie auch wegen des persönlichen Gerichtsstandes verschiedener Landesdiener, Pächter von adlichen Gründen, und Heuerleuten in den Wrechten adlicher Güter, herrschen solche Ungewißheiten, welche jetzt um so fühlbarer werden, weil der Richter bey den Eintragungen von Hypotheken keine bestimmte Grundlagen in diesen Punkten vor sich hat. Bey Rechtsstreitigkeiten bedurfte es selten nur einer strengen Nachweise des Gerichtsstandes, weil der Kläger bey unsicheren Verhältnissen die Einleitung des Prozesses bey dem Obergerichte vorzog, der Beklagte sich in der Regel dieses gern gefallen ließ, und überdieß auch mehrere Immobilien der gedachten Art existiren, über welche bisher noch keine Contestationen vorgekommen sind. Jetzt aber treten andere Verhältnisse ein, und es wird bedeutende Schwierigkeiten veranlassen, die Competenz strenge zu begründen, weil im Allgemeinen nur der Gebrauch und die Gewohnheit bisher entschieden haben, und sich

daher ein weites Feld zu kostspieligen Debatten eröffnen wird, wenn die Competenz genau constatirt werden soll, bevor die Hypotheken eingetragen werden dürfen.

Ferner steht es ohne Unterschied der Verhältnisse hier ganz in der Willkühr der Interessenten, vor welchem Gerichte, oder wie sonst sie Contracte über Immobilien errichten wollen, und es sind so wenig Confirmationen der Contracte, als Transscriptionen des Eigenthums, oder Berichtigungen des Besitz-Titels üblich und vorgeschrieben. Es kommen daher sehr viele Verkäufe, Vertauschungen, Vererbungen u. s. w. vor, von denen die Gerichte gar keine Kenntniß erlangen, und es kann sonach der Schuldner bey Bestellung einer Hypothek sehr leicht einen Erwerbungs-Contract produciren, obgleich er das Grundstück schon längst wieder veräußert hat, auf der andern Seite aber auch der Schuldner gar nicht im Stande seyn, den Besitz-Titel ererbter Grundstücke nachzuweisen, wenn seine Vorfahren schon lange im Besitze derselben waren und eine Intestat-Erbfolge statt fand. Besonders aber würden die Gutsherrn der Eigenbehörigen in Betreff ihrer gutsherrlichen Rechte in große Verlegenheit gerathen, wenn eine schriftliche Legitimation von ihnen gefordert werden sollte, weil der Besitz förmlicher Anerkenntnisse der Pflichten und Abgaben nur als Ausnahme von der Regel zu betrachten ist. Diese beruhen vielmehr nur auf einem, in der Eigenthums-Ordnung begründeten, Herkommen, und eine unendliche Zahl von Prozessen müßten — wie die traurige Erfahrung der Occupations-Zeit bewährt hat — erweckt werden, wenn sie bey Bestellung einer hierauf gerichteten Hypothek den ursprünglichen Titel nachweisen, mithin noch jetzt die Eigenbehörigen zu den befraglichen Anerkenntnissen

veranlassen wollten. Kann aber auch überhaupt in mehreren Fällen der Besitz-Titel des zur Hypothek gestellten Grundstückes producirt werden, so ist der eintragende Richter dennoch nicht gesichert, daß das bezeichnete Grundstück, dessen Lage nur nach den Nachbarn beschrieben, und oft nicht einmal genau in dieser Lage bestimmt ist, wirklich das nämliche sey, weil aber jene Nachbarn sich häufig verändern, und wir keine Cataster besitzen, mit denen wir die Angaben vergleichen und dadurch berichtigen könnten.

Eben so bleibt es nach den hier obwaltenden Verhältnissen oft unmöglich für den Richter, die Facultatem alienandi des Schuldners, welche in subjectiver sowohl als objectiver Hinsicht auf unbekannte Weise, durch Testamente und Verträge, beschränkt seyn kann, zu beurtheilen, und nicht weniger auch, sich über die Identität der Personen des Schuldners in Gewißheit zu setzen, weil man nicht erwarten kann, daß er alle Personen genau kenne.

Nach der bisherigen Observanz war nun bey dieser Lage der Sache die Sicherstellung des Gläubigers diesem ganz allein überlassen, die Competenz des Richters kam nicht in Betracht, und ob der Schuldner das Grundstück eigenthümlich besaß, ob er eine Hypothek bestellen konnte, und ob er auch derjenige war, für welchen er sich ausgab, das alles blieb allein der Sorge des Gläubigers anheimgestellt. Lediglich die Form des Documentes war hier bisher die Sache des Richters, und es wirft sich sonach jetzt, da die Königliche Verordnung vom 13. Juny d. J. Voraussetzungen zu machen scheint, welche hier nicht stattfinden, die Frage auf:

„Ist hier der Richter, und zwar bei eigener

„Verantwortlichkeit verpflichtet, vor Eintragung
„der Hypothek

„a) die Competenz des Gerichtes,
„b) den Titulum possessionis,
„c) die Identitatem objecti,
„d) die Facultatem alienandi, und
„e) die Identitatem personae,

„strenge zu untersuchen und constatiren zu lassen?"

II.

In dem zweyten Abschnitte des 4. Paragraphen der Königl. Verordnung vom 13. Juny wird ausdrücklich gesagt, „daß der Zeitpunkt der wirklich erfolgten „Eintragung den Anfang und das Alter der öffent„lichen Hypothek bestimmen solle." Das an die Königlichen Landdrosteyen erlassene hohe Rescript von eben dem Dato enthält aber die Anweisung sub № VII. „daß „bey schriftlichen Ueberreichungen von Hypothek-Bestel„lungen behuf Eintragung derselben, die Bemerkung des „Tages und der Stunde der Einreichung, von Seiten „des Gerichtes nicht außer Acht zu lassen sey, besonders „auch, um allen Weiterungen desfalls vorzubeugen, Falls „an dem nämlichen Tage mehrere gleichartige Gesuche „eingehen mögten." Wenngleich nun nach unserm unvorgreiflichen Dafürhalten im Allgemeinen auch wird angenommen werden dürfen und müssen, daß das Datum des Praesentati die Fundamental-Norm abgeben, sonach das Datum der Eintragung sich nach dem Dato des Praesentati richten, und eine Gleichheit in beyden der Regel nach stattfinden solle: so können doch leicht Fälle eintreten, welche unangenehme Collisionen veranlassen. Es läßt sich nämlich gar nicht anders erwarten, als daß nicht bey den Anmeldungen von Hypotheken sowohl über-

haupt, als auch insbesondere durch die unter № I. unterthänigst dargelegten Ungewißheiten Zweifel entstehen sollten, welche eine nähere Untersuchung bewirken, und sonach die sofortige definitive Eintragung verhindern. Zeigt es sich hiebey nun, daß die Interessenten die ihnen obliegenden Verbindlichkeiten nicht gehörig erfüllt, oder unvollständige Anmeldungen gemacht hatten, so werden diese es sich zuzuschreiben haben, wenn die Eintragung dadurch verspätet, und das Datum der ersten Präsentation nicht berücksichtigt wird, vielmehr nur erst das Datum der wirklich erfolgten definitiven Eintragung das Alter der Hypothek begründen kann. Es werden aber, besonders wenn der Richter die obengedachten Nachforschungen selbst anstellen müßte, Fälle vorkommen, wo ohne Schuld der Interessenten nur ein falscher Schein gegen diese obwaltete, oder wo der Richter im Irrthum war, und nur Vorsicht eine nähere Erörterung erheischte. Während dieser Untersuchungen werden aber andere Hypotheken auf die nämlichen Güter angemeldet, und die Bücher würden nun nicht in richtiger chronologischer Ordnung zu führen stehen, wenn die Letzteren zuerst, die Ersteren aber nicht vor erledigter Untersuchung eingetragen werden sollten; indem es doch die Gerechtigkeit erfordert, daß in den Fällen, wo die Schuld der Verzögerung nicht in den Partheyen beruhet, die Hypothek ihr Alter nach dem Dato des Praesentati erhält. Es scheint uns unvorgreiflich daher eine vorläufige Eintragung aller Hypotheken nach dem Datum des Praesentati angemessen zu seyn und erlauben wir uns in dieser Beziehung die Frage:

„ob in Fällen, wo Zweifel bey der Anmeldung „entstehen, das Datum des Praesentati sich

„Declarationis, oder das Datum der wirklich
„erfolgenden Eintragung das Alter der Hypothek
„bestimmen solle; ob hierin nicht ein Unterschied
„eintreten müsse, wenn die Partheyen selbst die
„Verzögerung durch unvollständige Anmeldung
„verschulden; und ob nicht etwan, um jede un-
„richtige Reihefolge in den Büchern zu ver-
„meiden, es angemessen erscheinen mögte, alle
„Hypotheken vorläufig, mit den betreffen-
„den Bemerkungen wegen der verfügten
„Untersuchung einzutragen, sodann aber, Falls
„sich ergeben sollte, daß die Unvollständigkeit der
„Anmeldung durch die Interessenten bewirkt sey,
„die Hypothek dort wieder zu löschen, und sie unter
„dem Dato der Berichtigung von neuem in chrono-
„logischer Ordnung wieder einzutragen, und den
„Grund dieser Abänderung dabey zu bemerken?“

(Die Fortsetzung folgt.)

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Rechtsfall.

Ein curator absentis ist nicht befugt eine, seinem abwesenden Curanden angefallene, Erbschaft förmlich anzutreten, und die Creditoren des Abwesenden können eben so wenig ein Erbrecht Namens ihres Schuldners ausüben. Dagegen sind solche Erbschaften, welche keiner Antretung zu ihrer Erwerbung bedürfen, und wo der Abwesende ipso jure Erbe wird, allerdings als auf ihn vererbt und den Ansprüchen seiner Gläubiger unterworfen, zu behandeln.

Ueber das Vermögen des verschollenen Fähnrichs v. X.,

war von der K. Justiz-Canzlei zu Stade eine cura absentis angeordnet. Während derselben verstarb die Schwester des Abwesenden und wurde deren Nachlaß, da es an näheren Intestat-Erben ermangelte, zwischen dem Curator und einer anderen noch lebenden Schwester der defuncta getheilt. Ein Creditor des Abwesenden, der Schutzjude Y. klagte darauf im Jahre 1820, gegen den Curator und extrahirte einen Zahlungsbefehl auf das schuldige Capital, Zinsen und Kosten. Diesem Befehle widersetzten sich, sowohl die Schwester des Abwesenden als der Implorat. Die erstere, welche als Intervenientin auftrat, führte an, es constire noch gar nicht, ob ihr abwesender Bruder ihr Miterbe geworden sey, weil es an der Gewißheit fehle, daß er die Erblasserin überlebt, und die Erbschaft angetreten habe. Die Präsumtion, daß ein Abwesender erst mit dem 70sten Jahre seines Alters für todt erklärt und bis dahin sein Leben als fortdauernd angenommen werde, beziehe sich nur auf das zurückgelassene Vermögen, keinesweges aber auf die Erwerbung solcher neuen Rechte, welche eine eigene Willenserklärung erforderten.

S. L. Böhmer Rechtsfälle III. 1. S. 8. 9.
Wahl progr. cui probatio in pet. haered. absentis inc. (1751.)

Im vorliegenden Falle bedürfe es aber einer förmlichen Erbantretung, weil der Bruder kein haeres suus et necessarius seiner Schwester sey. Dem Curator stehe eine solche Befugniß nicht zu, sondern er erlange nur, gleich dem Curator eines Wahnsinnigen, den provisorischen Besitz und Verwaltung der Erbschaft, welche, sobald der wirkliche Tod bescheinigt werden könnte, oder die Präsumtion des Todes, nach erreichtem 70jährigen

Alter eintrete, der Intervenientin ausgeantwortet werden müsse, da alsdann keine Erbschafts-Antretung von seiner Seite mehr möglich sey.

Pufendorf Obs. T. IV. O. 84.

Hagemann pract. Erört. Bd. 5. № 48.

Der Curator absentis erklärte, daß er mit den von der Intervenientin aufgestellten Grundsätzen vollkommen einverstanden sey, darnach auch der Erbtheilungs-Receß über den fraglichen Nachlaß abgeschlossen und in Folge getroffener Verabredung ihm der constatirte Erbtheil des Abwesenden von der Intervenientin nur unter der Bedingung der bleibenden Absonderung von dessen übrigem höchst unbedeutenden Vermögen zur Administration überlassen sey.

Replicando berief sich der Implorant theils auf die gesetzliche Vermuthung der Lebensfortdauer eines Abwesenden bis zum 70sten Jahre seines Alters, welches Alter sein Schuldner noch nicht erreicht habe, theils auf die Vorschriften der Novella 135 Cap. I., wornach es den Gläubigern eines Abwesenden gestattet seyn solle, alle diejenigen Rechte geltend zu machen, welche der Person des letztern zuständen. Nachdem nun noch duplicando, namentlich von der Intervenientin hervorgehoben worden war, daß die Vermuthung für die Lebensfortdauer hier gar nicht in Betracht komme, weil nicht von der Succession in ein dem Verschollenen bereits zugehöriges Vermögen, sondern davon die Rede sey, ob eine nach seinem Verschwinden erst eröffnete Erbschaft von einem Dritten statt seiner angetreten werden könne, und daß die gegnerischer Seits angezogene Novella 135 zu den nicht glossirten gehöre, auch im Grunde ein mehreres nicht verordne, als daß den Gläubigern, um die

dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte weiter zu verfolgen, der Mangel einer Cession nicht entgegengesetzt werden solle; so erkannte die K. Justiz-Canzley in einem termino zum Abhelf, unterm 25sten Aug. 1821:

daß Implorant, unter Erstattung der dem Gegentheil verursachten Kosten gänzlich ab- und zur Ruhe zu verweisen, um so mehr als er in der Replick nur seine Klage auf den Nachlaß der verstorbenen Schwester * * gerichtet hat.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte der Implorant an das K. Oberappellations-Gericht zu Celle, konnte aber auch hier hinsichtlich des Hauptpunctes nicht durchdringen, wenn gleich in Betreff des dem Abwesenden von dessen Vater zugefallenen Vermögens die Fortsetzung des Processes verfügt wurde, wozu es aber in der Folge nicht gekommen ist, wahrscheinlich weil der Implorant aus diesem seine Befriedigung zu erlangen nicht zu hoffen wagte.

Die Verfügungen des O. A. Gerichts lauten also:

1) Das Rejectorium:

Da Implorant, selbst bey vorausgesetzter Liquidität seiner Forderungen, das aus dem Nachlasse der weyland * * dem verschollenen Schuldner angefallenen Vermögen, als Zahlungsmittel niemals in Anspruch nehmen mag, indem diese Erbschaft dem Abwesenden noch zur Zeit blos angefallen, nicht aber erworben ist, dessen Curator auch zur förmlichen, obendrein nicht einst geschehenen Antretung der Erbschaft eben so wenig berechtigt war, als wenig die Creditoren auf den Grund der unglossirten, mithin ungültigen 135sten Novelle ein Erbrecht Namens ihres Schuldners ausüben können, so kann in so fern dem angebrachten

Suchen zwar nicht stattgegeben werden, dagegen ist, so viel das väterliche Vermögen des Verschollenen betrifft, Rescriptum de emendando cum remissione actorum an vorbesagtes Judicium a quo erkannt und hieneben abgelassen.

2) Das Verbesserungs = Rescript:

Wenn nun gleich die Appellation des Imploranten rücksichtlich desjenigen Vermögenstheils, der dem Abwesenden durch den Tod seiner Schwester, der * * zugefallen, laut des in beglaubter Abschrift anliegenden Decrets, verworfen ist, nachdem jedoch der Implorant nicht blos diesen neueren Erbanfall, sondern das sämmtliche Vermögen des Abwesenden als Mittel zu seiner Befriedigung in Anspruch genommen hat, unter diesem aber nach den von euch eingesandten Curatel = Acten auch solches sich befindet, was von dem Vater auf ihn vererbt ist, und es hinsichtlich dieses Vermögenstheils keiner Antretung zur Erwerbung dieser Erbschaft bedurfte, indem der Sohn als suus et necessarius haeres ipso jure Erbe ward; sodann auch die angebrachte Intervention sich so wenig auf dieses Vermögen bezogen, als wenig der mitimploratische Curator * * die Befugniß des Imploranten, solche Erbgelder in Anspruch zu nehmen, bestritten, oder den früheren Tod seines Curanden vor dem des Vaters je behauptet hat, weshalb denn der Implorant mit der erhobenen Klage nicht gänzlich abzuweisen, sondern hinsichtlich jenes väterlichen Vermögens die Einlassung des Mitimploraten * * in der Hauptsache vorgängig zu begehren gewesen, und dann, aus diesem Grunde, gegenwärtiges Rescriptum emendatorium junctis Remissorialibus an euch

erkannt ist, als habt ihr in so fern euer Erkenntniß vom 25sten August 1821 wieder aufzuheben, und unter einstweiliger Aussetzung des Erkenntnisses über diejenigen Kosten, welche das Verfahren gegen den Mitimploraten ** veranlaßt hat, diesen zur nöthigen Vernehmlassung und Litis-Contestation in der Hauptsache anzuhalten, demnächst aber allenthalben weiter zu erkennen was Rechtens. — — —

II. Bemerkungen über die §. §. 16 und 17. der Untergerichts-Proceß-Ordnung.

I. Daß in Rechtsstreitigkeiten der Inländer unter einander die Cautio pro expensis et reconventione abgeschafft worden, erleichtert allerdings die Anstellung von Klagen; auch ist nicht zu leugnen, daß solche vielfältig von Beklagten mehr aus dem Grunde gefordert ist, um die Kläger zu vexiren, als weil sie selbige für nöthig hielten. Allein auf der andern Seite ist auch nicht zu leugnen, daß die Unpflichtigkeit zur Kosten-Caution manchen mißlichen, wenn auch nicht geradezu ungerechten, Klagen das Daseyn geben dürfte, welche unangestellt bleiben würden, wenn die Litiganten für die Kosten Sicherheit leisten müßten, deren Erstattung von ihnen im Succumbenzfalle nicht zu erlangen steht, was doch unstreitig für die obsiegenden Beklagten eben so hart ist, wie die Cautionsleistung für nicht bemittelte Kläger. Wäre es ein anerkannter Erfahrungssatz, daß in der Regel die Kläger gerechte Sache hätten, müßte deren Begünstigung allerdings billig erscheinen. Sollte sich aber eine solche Behauptung wohl aufstellen lassen?

Wenn diese Frage verneint werden muß, kann man auch in der Erleichterung der Klage-Anstellung eine Verbesserung des früheren Processes nicht unbedingt anerkennen, vielmehr möchte man wünschen, daß der Cautio qu. bestimmte Gränzen vorgeschrieben wären, die den damit früher hie und da getriebenen Mißbrauch so viel möglich entfernt hätten.

II. Die eydliche Cautionsleistung, welche unser Gesetz für den Fall, daß der Pflichtige solche anderweit zu beschaffen außer Stande ist, zuläßt, war uns schon früher bekannt und ist also keine Neuerung. Daher mag denn auch die Frage unerörtert bleiben, ob nicht derjenige Kläger, welcher laut obrigkeitlichen Zeugnisses arm ist, mit der Beschwörung seiner Unfähigkeit zur Sicherheitsleistung für die Kosten billig zu verschonen wäre. Wie kann indessen in der Eydesformel unseres Gesetzes: „daß er allen angewandten Fleißes ungeachtet die geforderte Caution durch Bürgen, Pfand oder baares Geld zu bestellen außer Stand sich befinde“ — eine Caution überall angetroffen werden? Mit der, in dieser Formel liegenden, Versicherung kann dem Beklagten nur wenig gedient seyn, für den es aber allerdings einigen Werth haben möchte, wenn der Kläger versichern müßte, die Proceßkosten im Succumbenzfalle nach Kräften erstatten zu wollen, obgleich auch diese Versicherung keine eigentliche Caution wäre.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 3. Den 1. August 1832.

Materialien
zur Erläuterung der Königl. Verordnung vom 13. Juni 1828 wegen der Hypothekenbestellung.

(Mitgetheilt vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

(Fortsetzung.)

III.

Eine ganz vorzügliche Berücksichtigung scheint aus den 8. Paragraph der Königl. Verordnung vom 13. Juny in Beziehung auf die Concursordnung und die Verfassung des Fürstenthums Osnabrück zu verdienen, weil gesetzlich

erworbene Rechte nicht gefährdet werden dürfen, und namentlich die, vor drey ehrbaren Männern errichteten und beglaubigten Hypotheken durch unsere Concursordnung den gerichtlichen Hypotheken ausdrücklich völlig gleichgestellt sind, dieser Rang aber denselben in der Königl. Verordnung vom 13. Juny nicht belassen ist, sie vielmehr mit den notariellen Hypotheken in eine Kategorie, als hypothecae quasi publicae gestellt sind, und es daher ungewiß wird, ob sie auch im hiesigen Fürstenthume, wo sie durch Provinzial-Gesetze ausdrücklich bestätigt und den gerichtlichen gleichgesetzt waren, in die Classe der nur gleichsam öffentlichen herab sinken sollen, und der 8. Paragraph der Königl. Verordnung die Concursordnung in diesem Punkt auch rücksichtlich der schon existirenden Hypotheken vor dreyen ehrbaren Männern aufhebt. Sollen aber jene ältern Zeugen-Hypotheken auch hier der Eintragung unterworfen seyn: so findet sich in Rücksicht ihrer sowohl als der Notariat-Hypotheken mehrere Bedenklichkeiten.

Die Verordnung nämlich bestimmt in dem 8. Paragraphen, daß

1) die bis zum 1. Octbr. 1828 gerichtlich bestellten Hypotheken öffentliche Hypotheken bleiben, und einer Eintragung nicht bedürfen, daß aber dagegen
2) die bis dahin bestellten hypothecae quasi publicae, worunter das Gesetz die coram notario und die vor drey Zeugen erreichten Hypotheken zählt, ihre Wirksamkeit nur bis zum 1. Octbr. 1833 behalten, dann aber zu bloßen Privat-Hypotheken herabsinken sollen.

Das Gesetz bestimmt nicht, auf welche Art und Weise die Inhaber solcher gleichsam öffentlichen Hypotheken für ihre fernere Sicherheit sorgen können, sondern giebt ihnen

nur den Rath, vor Ablauf jener Frist auf ihre Sicherung selbst bedacht zu seyn, und dem Richter die Anweisung, nur die Hälfte der Gebühren zu berechnen, wenn die Eintragung dieser Hypotheken und deren Verwandlung in öffentliche Hypotheken nachgesucht werde. Kündigt nun der Gläubiger — was jedoch hin und wieder nicht wirksam geschehen kann, wie wir unten näher erörtern werden — sein Capital, oder läßt er sich eine neue Pfandverschreibung ausstellen, und diese ingrossiren: so fallen alle Zweifel weg; allein, producirt der Gläubiger seine Obligation zur Eintragung: so entsteht die Ungewißheit, ob und unter welchen Bedingungen der Richter die Eintragung eines nicht gerichtlich bestellten Pfand-Rechts aus der Periode vor dem 1. October 1828 annehmen dürfe, und zwar, wenn der Pfandgeber darin nicht consentiren will, oder nicht darin einwilligen kann, weil er nicht dispositionsfähig ist; denn will und darf er rechtsbeständig in die Ingrossirung willigen, so fällt jeder Zweifel hierüber selbst weg. Nach unserem unterthänigsten Dafürhalten würde es in jenem Falle darauf ankommen:

1) ob die Hypothek vor drey ehrbaren Männern oder, was diesem gleich kömmt, vor Notar und dreyen Zeugen,
2) ob sie von Notar und zweyen Zeugen, oder
3) ob sie nur durch eine Privat-Urkunde errichtet worden.

Ist sie nämlich

ad 1. vor dreyen Männern constituirt: so scheint es unvorgreiflich kein Bedenken zu leiden, daß die Eintragung auch ohne und wider den Willen des Schuldners erfolgen könne, weil der Pfandschuldner schon bey Er-

richtung der Hypothek seine Absicht, eine öffentliche Hypothek mit allen Wirkungen einer gerichtlichen Hypothek bestellen zu wollen, klar an den Tag legte, indem unsere Concurs-Ordnung dergleichen Hypotheken alle Rechte und Wirkungen einer gerichtlichen ausdrücklich beylegt, und sie sogar öffentliche, und nicht bloß gleichsam öffentliche nennt.

Concursordn. §. 36.

Das Gesetz will nur die gleichsam öffentlichen Hypotheken abgeschafft haben; die beregten Zeugen-Hypotheken aber waren nach unserer Concursordnung keine gleichsam öffentliche, sondern wahre hypothecae publicae, und das neue Gesetz kann sie daher eigentlich nicht treffen. Sind sie der Eintragung aber dennoch unterworfen: so müssen sie unseres Erachtens als bisher öffentliche Hypotheken auch invito debitore ingrossirt werden können; denn die Eintragung soll sie nur in ihrer bisherigen Qualität und in ihren bisherigen Rechten erhalten, ihnen aber nicht, wie es bey den quasi publicis der Fall ist, ein besseres Recht dadurch geben.

Nicht so zweyfelsfrey erscheint aber der Punkt der Eintragung

ad 2. hinsichtlich der, vor Notar und zweyen Zeugen errichteten Hypotheken. Nach den Bestimmungen der §. §. 33. bis 36. unserer Concursordnung gehören die Conventional- und einfachen Legal-Hypotheken in die dritte Classe des Concurses, und befaßt nun diese Classe drey, einander ausschließende, Abtheilungen.

Die Erste befaßt:

A) die gerichtlich bestellten,

B) die vor dreyen ehrbaren Männern errichteten, und

C) die legalen einfachen Hypotheken.

Diese rangiren mit gleichen Rechten nach ihrem Alter unter einander; und nur erst, wenn sie völlig befriedigt sind, kommen

in der zweyten Abtheilung dieser Classe,

die notariellen Hypotheken nach dem Alter ihrer Errichtung; zuletzt

in der dritten Abtheilung derselben

aber die Privat-Conventional-Hypotheken.

Unsere Concursordnung §. 36. nennt nur bloß die der ersten Abtheilung öffentliche Pfandrechte, die notariellen aber nicht. Letztere sind auch quoad effectum keine öffentliche Hypotheken, und die L. 11. Cod. qui potiores in pignore, auf welcher die Zeugen-Hypothek und ihre qualitas publica beruht, nennt auch nur die gerichtlichen und die Zeugen-Hypotheken öffentliche. Sonach sind die notariellen Hypotheken nach den Bestimmungen unserer Provinzial-Gesetze eigentlich nur Privat-Hypotheken, die bloß deswegen einen Vorzug haben, weil ihr Datum gewiß ist, und sie durch ein beglaubigendes Document erwiesen sind. Schon der Umstand, daß die vor dreyen Männern errichteten Hypotheken ihnen vorgehen, und das römische Recht diesen die Qualität der Oeffentlichkeit beylegt, beweiset, daß die notariellen Hypotheken nur bevorzugte Privat-Hypotheken seyn sollten, und wir müssen daher die Ansicht hegen, daß diese Hypotheken nicht ohne Consens des Schuldners, und nicht auf den einseitigen Antrag des Gläubigers zur Erwirkung einer öffentlichen Hypothek eingetragen werden können. Der Aussteller einer notariellen Hypothek hat, wie nach Lage unserer Gesetzgebung präsumirt werden muß, die Absicht nicht gehabt, eine öffentliche Hypothek zu begründen; es blieb ihm unbenommen,

andern Gläubigern durch spätere, im Gesetze bezeichnete öffentliche Hypotheken eine bessere und vorzüglichere Sicherheit zu geben, und der erste Gläubiger hat seinen Schaden sich selbst beyzumessen, wenn er mit einer notariellen Obligation sich begnügte. Allerdings mögten gegen diese Ansichten sich Zweifel oder Bedenken wohl aufstellen lassen; allein den obwaltenden Verhältnissen nach scheint unsere unmaaßgebliche Meinung das größere Gewicht auf ihrer Seite zu haben.

Will man jedoch annehmen, daß die Notariat-Hypotheken aus der Periode vor dem 1. Octb. 1828 sich zur Ingrossirung invito debitore qualificiren, so würde man dieserhalb doch ohne Nachtheil anderer Gläubiger nicht annehmen dürfen, daß sie durch die Eintragung ohne Consens des Gläubigers einen Vorzug erhielten, vielmehr müßten sie nur ihre bisherigen Rechte behalten, mithin den älteren öffentlichen Hypotheken nachstehen, blos den Privat-Hypotheken auch fernerweit vorgehen und unter einander nach dem Alter der Errichtung rangiren.

Willigt der Schuldner in die Eintragung der ältern notariellen Hypothek, und sonach in die Constituirung einer neuen öffentlichen Hypothek ein: so wird unsers Ermessens die Wirkung davon die seyn, daß sie zwar, von dem Augenblicke der Anmeldung oder Eintragung an, eine öffentliche Hypothek wird, indeß, um erworbenen Rechte nicht zu schaden, allen vor ihrer Eintragung errichteten, in unserer Concurs-Ordnung §. 33. 34. und 35. bezeichneten öffentlichen Hypotheken nachstehen, auf diese aber folgen, und den übrigen, in so fern sie später errichtet oder entstanden sind, vorgehen müsse.

Was endlich

ad 3. die auf bloßen Handschriften beruhenden Hypotheken

anlangt: so qualificiren sich diese, da die Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek zu constituiren, gänzlich fehlt, auch durchaus nicht zur Eintragung ohne Consens des Schuldners; würden aber durch eine Ingrossirung cum Consensu debitoris, gleich einer jeden neueren Eintragung, sofort öffentliche Hypotheken.

Hieraus würden nun sich folgende Fragen bilden:

„a) Ist es erforderlich, daß die vor dem 1. Oct. 1828 „vor dreyen Männern errichteten, durch unsere „Concursordnung den gerichtlichen völlig und aus„drücklich gleichgesetzten Hypotheken zu Erhaltung „ihrer Rechte eingetragen werden, oder sind sie hier, „wo das Provinzial-Gesetz ihnen jene Rechte bey„legte, und die Gläubiger diese Vorzugs-Rechte „gesetzlich erworben haben, nicht eben so wohl als „die gerichtlichen von der Eintragung befreyet?"

„b) Wenn diese Zeugen-Hypotheken der Eintragung „unterworfen sind, können sie denn auch invito „debitore eingetragen werden?"

„c) Welche Wirkung wird die Eintragung der notariellen „Hypotheken haben, wenn sie cum consensu de„bitoris eingetragen werden?"

„d) Können notarielle Hypotheken invito debitore in„grossirt werden?"

„Und

„e) welche Wirkung würde dann eine solche Eintragung „haben?"

IV.

Der so eben gedachte §. 8. der Königl. Verordnung veranlaßt eine, für unsere Verhältnisse sehr beunruhigende Ungewißheit in Hinsicht der Sicherungsmittel sowohl, als wegen des Ranges und Alters, welches die vor dem

1. Octbr. d. J. errichteten Zeugen- und Notariat-Hypotheken durch eine Eintragung erworben, um so mehr, da der größeste Theil der hier existirenden Pfandverschreibungen in Zeugen- und Notariat-Documenten besteht. Wenn in einer Provinz, in welcher bisher keine Hypothekenbücher geführt sind, die einen Einfluß auf das Alter und den Rang der bestellten Hypothek haben, derartige Hypothekenbücher eingeführt werden: so verdienen vor Allem die älteren, bereits erworbenen Pfandrechte eine ganz vorzügliche Berücksichtigung. Das Gesetz kann in der Regel keine rückwirkende Kraft haben, und da diesem zu Folge die Gültigkeit, so wie der Rang einer jeden Hypothek nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen ist, welche zur Zeit ihrer Constituirung galten: so muß auch bey der Einführung von Hypothekenbüchern den älteren, bereits bestellten oder erworbenen Hypotheken das, nach den älteren Gesetzen ihnen zugestandene, Vorrecht belassen, und nicht gestattet werden, daß die neueren Hypotheken durch Eintragung in diese Bücher einen Vorrang vor denselben gewinnen. Der Zustand eines jeden Schuldners muß so aufgefaßt werden, wie er in dem Augenblicke ist, wo die neue Ordnung eingeführt wird. Die Gläubiger aus jener Periode müssen unter sich so rangiren, wie das derzeitige Gesetz es bestimmte, nach dem Gesetze, unter dessen Herrschaft sie die Hypothek erworben, oder unter welchen sie contrahirt haben. Auf sie folgen dann aber erst die neuen Creditoren, welche unter sich rangiren, jenen alten Gläubigern aber immer nachstehen. Dieses Princip, welches in allen Ländern, wo Hypothekenbücher eingeführt sind, befolgt, und auf strenge Gerechtigkeit gegründet ist, liegt unbezweifelt auch der Königl. Verordnung vom 13. Juny d. J. zum Grunde, wenngleich

dieselbe, wie dieß bey jedem neuen Gesetze der Fall ist, einigen Zweifeln und Ungewißheiten Raum giebt. Man hat nun auch hin und wieder hier die Ansicht aufstellen wollen, daß die vor dem 1. October 1828 errichteten Zeugen- und Notariats-Hypotheken ihr Alter oder ihre Oeffentlichkeit erst mit und von dem Tage der Eintragung erlangen könnten. Dieser Meinung kann man aber nach unserer Verfassung, besonders in Rücksicht der Zeugen-Hypotheken, nicht beystimmen, weil wohlerworbene Rechte dadurch vernichtet, und dem neuen Gesetze zum Nachtheile der älteren Gläubiger eine rückwirkende Kraft beygelegt werden würde. Gewiß ist es aber die Absicht des Gesetzgebers nicht gewesen, jenen Gläubigern durch neue Bestimmungen diejenige Sicherheit und diejenigen Rechte zu entziehen, welche sie unter dem Schutze des älteren Gesetzes, und nach Vorschrift desselben erworben, und im Vertrauen auf welches sie ihr Geld dargeliehen hatten. Eine große Härte würde dieses in sehr vielen Fällen nach sich ziehen, und mancher Gläubiger Gefahr laufen, sein Vermögen zu verlieren. Nicht selten ist es unter andern der Fall, daß jemand mehrere Zeugen-, Notariat- und Privat-Hypotheken bestellt hat, von denen die Ersteren im Verhältnisse gegen die Masse völlig sicher, die Letzteren dagegen keinesweges gesichert sind. Lassen nun alle diese Gläubiger sofort und zur nämlichen Zeit ihre Forderungen eintragen, — — nicht einmal zu gedenken, daß die neueren Creditoren eine frühere Eintragung bewirkten: — so erhalten nach dem gedachten Principe die jüngeren Gläubiger einen gleichen Rang, ein gleiches Alter mit den älteren Gläubigern, und die wohlbegründeten Rechte der Letzteren gehen verloren, obgleich sie durch das bestandene Gesetz gesichert waren, den Nachtheil nicht

abwenden konnten, und demohngeachtet das Ihrige einbüßen sollen. Dem Anschein nach könnte man den Einwurf dagegen aufstellen, daß dieser Verlegenheit und dem beregten Nachtheile durch Kündigung am leichtesten begegnet werden könne; allein, abgesehen davon, daß bey der großen Zahl von Obligationen dieser Gattung die Schuldner durch die Kündigung der Capitale in große Verlegenheit und Kosten gestürzt werden würden, welches offenbar ganz gegen den Willen des Gesetzgebers und gegen dessen wohlwollende Absichten streitet: so können sehr viele Fälle vorkommen, in denen es dem Gläubiger nicht möglich ist, seine Capitale mit Wirksamkeit zu kündigen. Wenn z. B. in Gefolge abgeschlossener Contracte oder testamentarischer Dispositionen gewisse Capitale nicht vor dem Ablaufe einer bestimmten Zeit gekündigt werden können, der Schuldner aber nicht verpflichtet ist, eine öffentliche Hypothek zu bestellen oder ingrossiren zu lassen, und dieser nun neue öffentliche Hypotheken errichtet: so wird der erste Gläubiger offenbar beeinträchtigt, weil er oder sein Vorfahr nicht erwarten konnten, daß das bestehende Gesetz zu seinem Nachtheile aufgehoben, und das Recht, welches dieses ihm sicherte, vernichtet werden würde; oder, wenn ein älterer Gläubiger, um sicher zu gehen, sein Capital sofort kündigt, die Zahlung aber nicht erfolgt, und er in die Nothwendigkeit gesetzt wird zu klagen, die jüngeren Creditoren aber mittlerweile ihre Forderungen haben eintragen lassen, und nun ein Concurs entsteht, welcher sich über die bestimmte Frist hinaus erstreckt: so gehen diese dem älteren Gläubiger vor, der seine Forderung nicht eintragen lassen durfte, um nicht in gleiche Verhältnisse mit den nachstehenden Gläubigern durch eine solche Eintragung zu

gerathen, oder gar den Platz nach ihnen zu erhalten. Wenn, wie oben schon bemerkt ist, der Concurs über das Vermögen des Gläubigers ausgebrochen ist, und weder die Zeugen = Hypotheken, noch auch die notariellen Hypotheken invito debitore, mit Vorbehalte des erworbenen Rechtes, eingetragen werden könnten, überhaupt eine Eintragung nicht geschehen dürfte, weil so wenig der Schuldner, als der Curator den Consens zur Eintragung zu ertheilen befugt sind; die Liquidirung der Masse aber so lange sich verzögert, daß erst nach dem 1. Octob. 1833 das Prioritäts = Erkenntniß abgefaßt werden könnte: so sänken alle diese Hypotheken in die Kategorie der Privat = Hypotheken herab, und die durch das Gesetz begünstigt gewesenen Gläubiger würden ohne ihre Schuld durch die neue Bestimmung ihrer Rechte verlustig. Aehnliche Verhältnisse finden bey Curatelen über Minderjährige, Wahnsinnige und Abwesende statt, wenn dem Curator nicht die Befugniß ertheilt wird, die Bestellung einer öffentlichen Hypothek oder einer Verwandlung in dieselbe zu bewilligen, um größeren Nachtheil abzuwenden; so wie denn auch bey Lehnen und Fideicommissen es leicht der Fall seyn kann, daß eine Kündigung nicht zu bewerkstelligen ist. Sind nun die Zeugen = Hypotheken, welche vor dem 1. October d. J. bestellt waren, von der Eintragung nicht eximirt: so müssen wir ehrerbietigst dafür halten, daß mindestens diese nicht nur invito debitore eingetragen werden können, sondern daß auch bey diesen das Datum ihrer früheren Bestellung, und nicht das Datum ihrer jetzigen Eintragung das Alter der Hypothek bestimmen. Die Wirkung ihrer Eintragung kann dem Gesetze nach nur darin bestehen, daß sie auch nach dem 1. Octbr. 1833 das bleiben,

was sie vorher waren, nämlich öffentliche Hypotheken, und daß sie als solche nicht vom Tage der Eintragung an, sondern schon vom dato der Einrichtung an betrachtet werden müssen, indem sie als bereits öffentliche Hypotheken, durch die Eintragung kein besseres Recht erwerben, sondern nur ihr bisheriges Recht conserviren. Ferner scheint es uns in den Gesetzen begründet zu seyn, daß bey Concursen, welche vor dem 1. Octbr. 1833 ausbrechen, alle Forderungen, die schon vor dem 1. October 1828 existirten, denjenigen Rang und dasjenige Alter der Hypothek behalten, welche ihnen durch die hiesige Concurs-Ordnung beygelegt sind; daß eben diese Rechte vorbehalten bleiben, wenn die Capitale in Gefolge von Contracten oder von sonstigen Verhältnissen nicht gekündigt werden können; und daß die Curatoren der Minderjährigen u. s. w. ermächtigt werden, den Consens zu Bestellung der öffentlichen Hypotheken, und sonach zur Eintragung der älteren Hypotheken zu geben.

Alle diese Ungewißheiten bieten nun folgende Fragen dar:

„a) wenn die vor dem 1. Oct. 1828 errichteten Hypo-
„theken auch hier von der Eintragung nicht eximirt
„seyn sollten, von welchem Tage fängt dann das
„Alter der von dreyen ehrbaren Männern, und
„der vor Notar und zweyen Zeugen bestellten
„Hypothek an; vom Tage der früheren Errichtung,
„oder vom Tage der jetzigen Eintragung?"

„b) Welche Sicherungsmittel finden statt, wenn diese älte-
„ren Forderungen nach den obigen Darstellungen nicht
„gekündigt, und nicht eingetragen werden können?"

(Der Beschluß folgt.)

Abhandlungen und Rechtsfälle.

Ueber das Zeugniß herrschaftlicher Jagdbedienten in Jagdprocessen der Herrschaft gegen fremde Grundeigenthümer.

Da die prätorische Servituten-Ersitzung auch in Jagdprocessen der Herrschaft gegen fremde Grundeigenthümer Zulassung findet, ist es gewiß keine unpractische Frage: ob und inwiefern die Herrschaft den Beweis der Ersitzung durch ihre eigenen Jagdbedienten führen dürfe?

Daß die herrschaftlichen Jagdbedienten im allgemeinen ihres Dienstes halber keine unzulässigen Zeugen für die Herrschaft sind, wenn sie von demselben für den Act des Zeugnisses entbunden werden, leidet nach der bestehenden Praxis keinen Zweifel. Eben so gewiß ist es aber auch, daß sie demungeachtet nie für völlig unverdächtige Zeugen gelten dürfen und unter gewissen Umständen durchaus verwerflich erscheinen oder aber ein rechtlich werthloses Zeugniß ablegen.

I.

Sie erscheinen durchaus verwerflich, wenn sie augenfällig persönliches Interesse bey dem Ausgange der Sache haben. Dahin sind namentlich zu zählen:

1) diejenigen, welche die Herrschaft zu dem in Frage stehenden Jagdprocesse veranlassen und auffordern; den Anwald des Jagdamts instruiren und als dessen Vertreter Termine beywohnen. *)

2) diejenigen, welche das in Streit befangene fremde Jagdrevier geständigermaaßen ohne Geheiß oder Anweisung,

*) Cfr. Gans in dessen Zeitschrift Bd. 1. S. 194 ff.

und nur aus eigenem Antriebe, besucht haben, indem ihnen dann aus begreiflichen Gründen daran liegen muß, wegen dieser Jagd-Ausübung gerechtfertigt zu erscheinen. Endlich

3. diejenigen, welche Schießgeld erhalten, d. h. für jedes Stück Wild, welches sie für Rechnung der Herrschaft zum Verkaufe bringen, eine gewisse Belohnung zu genießen haben; denn diesen Jagdbedienten muß eines Theils daran liegen, ein möglichst ausgedehntes Jagd-Revier zu bejagen, und andern Theils dürfen sie es nicht wünschen, überführt zu werden, daß sie in einem fremden Jagd-Reviere widerrechtlicherweise die Herrschaft und sich selbst bereichert haben.

II.

Ein rechtlich werthloses Zeugniß legen diejenigen Jagdbedienten ab, welche ohne Geheiß oder Anweisung einer, die Herrschaft kraft innehabenden Amtes vertretenden, Person das streitige fremde Jagd-Revier besucht haben; denn dadurch können der Herrschaft keine Rechte erworben werden. Zum Dienstbarkeitsbesitze gehört:

a. ein auf dessen Ausübung gerichteter rechtlicher Wille (animus possidendi.) Ohne solchen ist das bloße factum der Jagd-Ausübung an sich und daß solches nec vi, nec clam, nec precario vor sich gegangen, werthlos.*)

b. Redlichkeit des Besitzes, und zwar auf Seiten desjenigen, dem der Besitz zu Gute kommen soll. Daher kann die Ersitzung durch einen Dritten nicht eher

*) Unterholzner Ausführliche Entwickelung der Verjährungslehre, Thl. 2. §. 209. S. 171. Elvers Allgemeine jur. Zeitung v. 4. Septbr. 1829 № 70.

anfangen, als bis der eigentliche Erwerber Kenntniß von dem wirklich erfolgten Anfange des Besitzes erhalten hat.*) Selbst ein procurator omnium bonorum erwirkt nach v. Savigny**) denjenigen, der durch ihn vertreten wird, den Besitz niemals sogleich, sondern erst in Folge einer hinzugekommenen Genehmigung, welcher Ansicht indessen Unterholzner***) nur unter der Modification beytritt, daß wenn die vom Procurator geschehenen Erwerbungen zu dessen ordentlichem Geschäftskreise nicht gehören, die Genehmigung des Erwerbers allerdings erforderlich ist, indem er dann sponte handelt und als negotiorum gestor anzusehen ist, wogegen er aber bey Erwerbungen, die zu seinem Geschäftskreise gehören, mandantis nomine handelt.

Da sich nun von einem Forstbedienten untergeordneten Ranges nicht sagen läßt, er sey procurator omnium bonorum und handle mandantis nomine, wenn er sponte ein fremdes Jagd-Revier besucht, kann hieraus auch kein Dienstbarkeitsbesitz für die Forstherrschaft abgeleitet werden.

*) Unterholzner §. 210. S. 175.
**) Recht des Besitzers. S. 266. 276.
***) Thl. I. §. 120. not. 416.

Miscelle.

Luther über Fürstenentsetzungen.

Als der dänische Adel und die Lübecker sich gegen den zweifelsohne ungerecht herschenden Christian II. verbanden, schrieb ihnen Luther: „Wohlan, es sey allerdings also, daß der König ist ungerecht für Gott und der

Welt, und das Recht steht ganz auf der Dänen und Lübecker Seite; das ist ein Stück für sich. Aber dies ist nun das andere Stück; daß die Dänen und Lübecker sind zugefahren als Richter und Oberherrn des Königs und haben solch Unrecht gestraft und gerochen, damit sie sich des Gerichts und der Rache unterwunden. Hier geht nun die Frage des Gewissens an. Wenn die Sache vor Gott kommt, wird er nicht fragen, ob der König ungerecht oder sie gerecht sind, denn solches ist offenbar worden; sondern er wird fragen: ihr Herrn von Dänemark und Lübeck, wer hat solche Rache Euch befohlen zu thun? Hab' ich's Euch befohlen, oder der Kaiser, oder Obrigkeit? So leget Brief und Siegel auf und beweiset es. Können sie das nicht, so wird Gott urteln: Ihr aufrührischen Gottesdiebe, die Ihr in mein Amt greift und aus Frevel Euch der göttlichen Rache unterwunden habt, seid schuldig laesae divinae majestatis. Wenn so sollt geschehen, das ein Jeglicher, der da Recht hätte, möchte die Ungerechten selbst strafen, was sollte in der Welt daraus werden? Da würde es gehen, daß der Knecht den Herrn, die Magd ihre Frau, das Kind die Eltern, die Schüler den Meister schlügen, das sollte ein löbliche Ordnung werden; was bedürfte man da noch des Richters und weltliche Obrigkeit von Gott eingesetzt! (Pontoppidan's Reformationsgeschichte in Dänemark; II. S. 779.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 4. Den 15. August 1832.

Materialien
zur Erläuterung der Königl. Verordnung vom 13. Juni 1828 wegen der Hypothekenbestellung.

(Mitgetheilt vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

(Beschluß.)

V.

Nach der hiesigen Verfassung sind die gutsherrlichen Rechte, die Zehnten und andere ähnliche Gefälle kein festes Annexum der Güter, sondern alienabel, und können nicht nur in manu dominante ohne Rücksicht auf

Gutsbesitz von einer Person auf die andere, sondern auch mit Einwilligung der Interessenten von einer Stäte auf eine andere, von einem Grundstücke auf das andere transferirt werden. In unserm früheren Berichte vom 20. April 1827 haben wir unter № 4*) uns erlaubt,

*) Diese Stelle des früheren Berichts lautet folgendermaaßen: „Endlich

4. tritt eine Ungewißheit wegen Eintragung der Hypotheken rücksichtlich derjenigen Gutsherrn ein, welche Eigenbehörige besitzen. Es giebt hier nämlich

A. viele Gutsbesitzer, welche außer ihrem Gute auch mehrere in verschiedenen Aemtern belegene Eigenbehörige-Colonate haben, und

B. Corporationen, Cassen und Privatpersonen, die sonst keine Güter oder Immobilien, wohl aber Colonate der gedachten Art als Gutsherrn besitzen.

Diese Gutsherrn sind, der bestehenden Verfassung nach, nicht mehr wahre Grund-Eigenthümer, sondern nur domini directi, und haben ein erbliches dingliches Recht an den befraglichen Grundstücken. Als Zubehör derjenigen Güter, welchen die Prästationen zur Zeit geleistet werden, darf man sie nicht betrachten, weil die gutsherrlichen Rechte alienabel sind und an jeden Dritten überlassen werden können. Es entstehen sonach bey der Ertheilung einer solchen Hypothek die Fragen:

„a) ob die Gutsbesitzer, welche nebst dem Gute auch die gutsherrlichen Rechte an ihren eigenbehörigen Colonaten zur Hypothek setzen wollen, solche nur in dem foro desjenigen Guts, welchem pro tempore die Prästationen geleistet werden, eintragen lassen dürfen, oder ob sie solche in den foris der amtssäßigen Colonate, oder aber in foro personali eintragen lassen müssen?“

„b) in welchem foro die Eintragung zu beschaffen sey, wenn der Gutsherr nicht zugleich Gutsbesitzer ist, oder wenn Corporationen und Cassen solche Eigenbehörige haben?“ und

„c) wo die Eintragung erfolgen soll, wenn der Gutsherr —

diesen Gegenstand näher zu entwickeln, und wiederholen ehrerbietigst nur die Frage:

„bey welchem Gerichte die Hypotheken auf diese gutsherrlichen Gerechtsame einzubringen sind, ob bey dem foro personali des Schuldners oder bey dem foro rei sitae?"

VI.

In Gefolge der transitorischen Verordnung vom Jahre 1814 sind seit dieser Zeit Hypothekenbücher bey der hiesigen Jüstiz-Canzley geführt, und darin nicht nur die während der Usurpations-Periode errichteten und hier angemeldeten, sondern auch die späterhin errichteten Hypotheken eingetragen worden. Der größte Theil derselben besteht in Notariat-, Zeugen- und Privat-Documenten, und haben die Schuldner Kosten von diesen Eintragungen gehabt. Der 8. Paragraph der Königlichen Verordnung vom 13. Juny d. J. bestimmt nun nichts über den Werth dieser bisherigen, gesetzlich vorgeschriebenen Ingrossationen, und berührt sonach auch nicht den Zweifel, ob die aus der Usurpationszeit originirenden Hypotheken nach dem Dato ihrer ersten, oder nach dem Dato der nachherigen wiederholten Eintragung rangiren sollen. Wir müssen aber um so mehr über den Werth oder Unwerth jener Ingrossationen in Ungewißheit seyn, da durch das Hohe Rescript vom 13. Juny 1828 es den Gerichten unbenommen geblieben ist, die bisher geführten zweckmäßig erscheinenden Hypothekenbücher beyzubehalten, und ehrerbietigst daher die Fragen vorlegen:

---

wie es hier verschiedentlich der Fall ist — im Auslande wohnt und keine Güter oder auch kein Domicil im Königreiche besitzt?"

„a) ob die bisher schon eingetragenen Hypotheken, wenn„gleich sie nur auf Notariat-, Zeugen- und Privat„Documenten beruhen, sich als öffentliche Hypo„theken qualificiren, und einer weitern Ingrossirung „nicht bedürfen, selbst wenn der Consensus inta„bulandi Debitoris nicht immer beachtet seyn „mögte?"

„b) ob die aus der Usurpationszeit originirenden, und „von neuem eingetragenen Hypotheken ihr Datum „und Alter von der ersteren, oder von der nach„herigen zweyten Eintragung erhalten?"

Endlich

VII.

sind wir ungewiß, ob der Königl. Landdrostey oder uns die obere Direction in den Hypotheken-Sachen bei den Untergerichten zusteht. Nach dem Inhalte des an die Königl. Landdrosteyen unter dem 13. Juny d. J. erlassenen Rescriptes scheint diese Direction zwar jenen Behörden ganz übertragen zu seyn: allein in dem Hohen Rescripte an die hiesige Justiz-Canzley v. $\frac{\text{13. Juny}}{\text{18. July}}$ d. J. haben Ew. Königlichen Hoheit und Ew. Excellenzen uns zu eröffnen geruhet, daß eine Mittheilung des erstgedachten Rescriptes für angemessen erachtet sey, weil auch uns einzelne Fragen in Betreff des Hypothekenwesens von den Untergerichten vorgeleget werden könnten.

Leicht möchte es sich nun aber ereignen, daß, wenn beyde Behörden solche Anfragen beurtheilen sollten, ganz verschiedene Anweisungen ertheilt würden, und bitten wir daher unterthänigst, die Bestimmung hochgewogentlichst treffen zu wollen, welcher von beyden Behörden die Direction ausschließlich zustehe?

Ew. Königlichen Hoheit und Ew. Excellenzen hocherlauchten Beurtheilung unterwerfen wir ehretbietigst diese Zweifel und Anträge, bitten um eine hochgeneigte Belehrung und Bestimmung darüber unterthänigst, und wiederholen die Versicherung unserer größesten Ergebenheit.

2.

a. Fragen, welche das Königl. Katholische Consistorium zu Osnabrück dem Königlichen Cabinets-Ministerio vorgelegt hat.

1) Muß, um künftig eine notarielle Obligation eintragungsfähig zu machen, diese Pfandverschreibung in Gegenwart dreyer Zeugen errichtet werden, oder genügen zwey Zeugen?

2) Welches Datum erhalten die vor dem 1. Octbr. d. J. constituirten Zeugen- und Notariat-Hypotheken durch die Eintragung? Behalten sie nicht, wie zu wünschen ist, ihr altes Datum?

3) Wo sind Hypotheken auf gutsherrliche Gefälle, Zehnten rc. einzutragen?

4) Wenn die, den Consistorien unterworfenen Personen und Stiftungen Hypotheken bestellt, oder solche auf geistlichen Gründen bestellt werden, wo muß die Eintragung erfolgen?

5) Sind das durch die Concursordnung bestätigte Separations-Recht, so wie andere Vorrechte, als die
   a) der Schuldner des Erblassers §. 21.
   b) der Schuldner des Schenkers §. 22.
   c) der Gläubiger der ersten Ehe, §. 23.
   d) der Erbgelder, §. 24.
   e) der sonstigen in den §. 17. Lit. n. und §. 30. № 2 — 6 gedachten Forderungen, und

f) der stillschweigenden Pfandrechte, §. 34. durch die Verordnung vom 13. Juny aufgehoben; oder bestehen sie fortwährend auch ohne Eintragung?

b. Rescript des Königlichen Cabinets-Ministerii auf den, die vorstehenden Fragen aufstellenden, Bericht.

Wenn das Königliche Katholische Consistorium über die in Betreff der Verordnung vom 13. Juni d. J. mittelst Berichts vom 6ten d. Uns vorgelegten Bemerkungen Unsere Erklärung zu erhalten wünscht, so tragen Wir zwar kein Bedenken, Uns über die ausgehobenen einzelnen Puncte näher gegen dasselbe zu äußern; Wir müssen jedoch um so mehr Anstand nehmen, hinsichtlich des Einen oder anderen in den „Bemerkungen" berührten Punctes, eine authentische Declaration zu veranlassen, da die Verordnung an sich deutlich, ohnehin aber zu erwarten ist, daß selbige eine richtige Anwendung und Auslegung bei den Gerichten finden würde.

So viel nun die p. 3. unter № 1 aufgestellte Frage betrifft, so sind auch Wir der Meinung, der §. 4. der Verordnung erfordere es nicht schlechthin, daß die Absicht eine öffentliche Hypothek einzuräumen, vor dem zuständigen Richter erklärt werde; — die Bestimmung, daß eine solche Absicht auch durch glaubhafte öffentliche Urkunden zu erweisen stehe, räumet dem zur Eintragung der Hypothek competenten Richter die Befugniß ein, aus einer ordnungsmäßigen notariellen, mithin vor einem Notar und zwei Zeugen aufgenommenen, Urkunde, den Beweis jener Absicht zu entnehmen.

ad 2. Da das Gesetz keinesweges bestimmt, daß die

gleichsam öffentlichen Hypotheken, für den Fall, daß der Inhaber derselben sie binnen der fünfjährigen Dauer eintragen lasse, ihre bisherige Wirksamkeit und Vorrang fortdauernd behalten sollen; vielmehr im §. 8. ja sine ausdrücklich darauf hinweiset, daß es einer Vereinbarung des Gläubigers und Schuldners bedürfe, um während der fünfjährigen Dauer, statt der bisherigen Sicherheit, eine öffentliche Hypothek zu beschaffen: so würde eine solche Erklärung, wie p. 5. der Bemerkungen in Vorschlag gebracht wird, dem Sinne und den Worten des Gesetzes zuwiderlaufen.

ad 3. In Betreff der Zuständigkeit zur Eintragung von öffentlichen Hypotheken auf die hier erwähnten Gegenstände, gutsherrliche Gerechtsame, Zehnten ꝛc. mögen Wir nur auf die in der Verordnung selbst gegebene generelle Regel verweisen, welcher gemäß die Contrahenten denjenigen Richter, an welchen die Eintragung gehört, leicht ermitteln können, und der desfalls angegangene Richter seine Zuständigkeit zu erwägen haben wird. Im allgemeinen mögte übrigens, hinsichtlich der Zuständigkeit des Richters zur Eintragung einer Hypothek auf derartige Gegenstände, darauf zu sehn seyn: welches Gericht als das competente in Betreff einer desfallsigen hypothekarischen Klage sich darstelle.

ad 4. Hinsichtlich der hierunter enthaltenen Anfrage, müssen Wir auf die in der Verordnung selbst gegebenen allgemeinen Regeln verweisen, die, wie Wir nicht zweifeln, in der Anwendung auf gegebene Fälle sich als genügend darlegen werden.

ad 5. Wir theilen die Ansicht, daß die Verordnung vom 13ten Juni d. J. über die in der Concurs-Ordnung vom 20sten Novbr. 1777 angegebenen Separations- und

Vindicatians-Rechte Nichts abgeändert habe, und daß, bei der in dem §. 9. der Verordnung enthaltenen Ausnahme von der für die einfachen gesetzlichen Hypotheken gegebenen allgemeinen Regel, auf die in der vorberegten Concursordnung §. 34. vorkommende specielle Bestimmung über die Rangordnung des sogenannten stillschweigenden Pfandrechts, in judicando Rücksicht zu nehmen sei.

Wir bezeugen dem Königlichen Katholischen Consistorio Unsere besondere Dienstgeflissenheit.

Hannover, den 29sten September 1828.

Königliche Großbritannisch-Hannoversche zum Cabinets-Ministerio verordnete General-Gouverneur und Geheime-Räthe.

Aus dem Justiz-Departement.

Schmidt-Phiseldeck.

An

das Königliche Katholische Consistorium zu Osnabrück.

Bemerkungen zum Interimswirthschafts-Rechte.

I.

Der Interimswirth ist im allgemeinen verpflichtet, dem ihm für eine gewisse Reihe von Jahren übergebenen Bauerhofe als guter Hausvater vorzustehen. Seine besonderen Verpflichtungen, die nach den Umständen verschieden sind, bezielen die Verwendung einer bestimmten Summe eigenen Vermögens, den Abtrag vorhandener Schulden u. dgl. m. Wo die Uebernahme der Wirthschaft nach einem obrigkeitlich verordneten Inventario geschieht, was

regelmäßig der Fall ist, muß auch die demnächstige Uebergabe an den Anerben nach einem solchen geschehen, jedoch nur, um zu erfahren, ob der Hof sich auch noch in dem Zustande befindet, in welchem er zur Zeit der Uebernahme war. Ist dieß nicht der Fall, pflegt der Anerbe dem Interimswirthe dieß selten nachzusehen, vielmehr ihn streng zur Verantwortung zu ziehen. Im entgegengesetzten Falle aber hat der Interimswirth nach der Meinung des Anerben nur seine Schuldigkeit gethan, und empfängt nicht einmal einen Dank für seine treue Verwaltung, wenn nicht etwa sein Altentheil erst bey Abgabe der Wirthschaft nach dem Bestande des Inventarii bestimmt wird, oder er als Interimswirth Kinder gezeugt hat, welche nach Maaßgabe des letzteren vom Hofe ausgesteuert und abgefunden werden. *) Ist sein Altentheil bereits bey Ubernahme der Wirthschaft festgesetzt, findet keine Verbesserung desselben Statt, mag auch das Inventarium noch so bedeutend verbessert seyn, wogegen er sich nicht selten eine Herabsetzung oder Schmälerung des früher stipulirten Altentheils gefallen lassen muß, wenn das Inventarium bey Abgabe des Hofes hinter dem früheren zurückbleibt.

In dieser Ungleichheit des Verfahrens liegt unleugbar eine große Unbilligkeit. Der Interimswirth hat zwar wohl in den meisten Fällen nur seine Schuldigkeit gethan, wenn der Hof unter seiner Verwaltung empor gekommen ist; allein aus einem gegentheiligen Zustande folgt doch nicht ohne weiteres, daß er seine Schuldigkeit nicht ge-

*) Von dem Falle, wo der Interimswirth erweislich Sondergut zur Verbesserung des Inventarii verwandte und dann dessen Ersatz fordern darf, ist hier nicht die Rede. Fälle dieser Art sind sehr selten.

than und als nachlässiger Hausvater gewirthschaftet hat. Die Billigkeit erfordert vielmehr in solchem Falle eine nachsichtige Beurtheilung aller Umstände und Verhältnisse, und nur dann sollte der Interimswirth verantwortlich gemacht werden dürfen, wenn ihm eine schlechte, sorglose Wirthschaftsführung nachzuweisen ist. Die Vermuthung spricht im allgemeinen nicht dafür, und da es unleugbar ein weit schwierigerer Beweis ist, durch unverschuldete Ereignisse herunter gekommen zu seyn, wie der Beweis, den Vermögens-Verfall verschuldet zu haben, sollte man den abtretenden Interimswirth billig mit jenem, oft an den Bereich der Unmöglichkeit streifenden, Beweise verschonen und nur dem Anerben den letzteren freylassen.

II.

Macht der Interimswirth Schulden, d. h. läßt er Zahlungen, die ihm obgelegen, unabgetragen, pflegt der Anerbe nur dann zu deren Uebernahme sich zu verstehen, wenn das Ablieferungs-Inventarium ihm dafür einen Ersatz bietet. Ist dieß nicht der Fall, wird gemeiniglich der Interimswirth genöthigt, die Schulden — wie man sich ausdrückt — mit auf den Altentheil zu nehmen, d. h. von seinen Altentheils-Prästationen zu berichtigen. Die Gläubiger werden dabey nicht befragt, obwohl ihr Interesse oft weit größer ist, wie das des Schuldners; sobald dessen Leibzucht nämlich nur in freyer Kost, Wohnung und Kleidung besteht und er dem Wirthe zu arbeiten schuldig ist.

Wenn die Schulden aus baaren Anleihen originiren, hat der Gläubiger allerdings den Vorwurf zu tragen, daß er dem Interimswirthe solche auf den Credit des Hofes ohne Genehmigung des Anerben oder seiner Vormünder nicht hätte machen sollen. Sind die Pöste in-

wessen gering und erweislich zum Nutzen des Hofes verwandt; dürfte es eben so unbillig seyn, die Darleiher darum zu verkürzen, wie es hart ist, wenn Handwerker und andere Personen, welche dem Interimswirthe im letzten Jahre Leistungen creditirten, leer ausgehen sollen. Mag es Recht heißen, daß der Anerbe den Interimswirth dieserhalb zur Rechenschaft zieht; kann man es doch unmöglich Recht nennen, wenn Dritte, die dem letzteren nicht leichtsinnig creditirten, sich lediglich an diesen verweisen lassen sollen.

III.

Brennen die Gebäude des Hofes ab, muß der Interimswirth solche wieder aufbauen. Wie aber, wenn die Brand-Cassen-Gelder und die Kräfte des Hofes dazu nicht hinreichen? darf er dann Anleihen machen oder die adhibirten Handwerker und Baumaterialien unbezahlt lassen? Beydes sollte von Obrigkeitswegen gehindert werden, um unausbleiblichen Streitigkeiten zwischen dem Anerben, dem Interimswirthe, und den Gläubigern vorzubeugen. Eine angeordnete Bau-Aufsicht würde dieß leicht bezwecken. Zunächst müßten die Brand-Cassen-Gelder, und was sonst die Kräfte des Interimswirthes darbieten, die Geschenke und Unterstützungen dritter Personen einzuschlossen, verwandt werden; was dann aber zur Vollendung des Baues noch nöthig wäre, müßte auf den Credit des Hofes angeliehen werden.

In einem vorgekommenen Rechtsfalle wollte der abgehende Interimswirth, welcher den Neubau der abgebrannten Gebäude beschafft hatte, über 1000 Thlr. vom Anerben erstattet haben, obgleich er nicht halb so viel an contrahirten Schulden nachzuweisen vermochte. Seine Forderung ward vom Beweise der nothwendigen oder

nützlichen Verwendung abhängig gemacht. Der Anerbe behauptete, Kläger habe mit den Brand-Cassen-Geldern und den ihm zugeflossenen beträchtlichen Unterstützungen an baarem Gelde und Bau-Materialien, bey sparsamerer Ausführung des Baues, völlig ausgereicht. Die Unterstützungen wollte Kläger sich nicht in Rechnung stellen lassen, indem sie seiner Person, und nicht dem Hofe, zu Theil geworden seyen. Das Unter- und Obergericht stimmten dieser Ansicht bey, obwohl letzteres dem Anerben den Beweis nachließ: daß die Geschenke qu. von den Schenkgebern nur zum Besten des Hofes behuf des Neubaues gegeben seyen. Einen Beweis dieser Art konnte der Anerbe, da das baare Geld aus dem ganzen Lande zusammenfloß, nicht liefern. — Es ward mehrfach in der Sache appellirt und leuterirt, mithin eine große Menge von Kosten verausgabt. Wie wünschenswerth wäre in diesem Falle eine, vorhin erwähnte, obrigkeitliche Bau-Aufsicht gewesen!

IV.

Für die Abfindung der Kinder der Interimswirthe fehlt es an allen gemeingültigen Principen. *) Bald wird in den Ehestiftungen nur einer Abfindung im allgemeinen, nach den einstigen Kräften des Hofes, gedacht, und bald eine solche gleich derjenigen, welche die Kinder des Vorwirthes (Geschwister des Anerben) erhalten, zugesichert. Da indessen die eine, wie die andere, Vereinbarung vielfach entweder den Kindern des Interimswirthes oder dem Anerben und dessen Geschwistern zur Prägravation gereichen kann, ohne daß wegen Mangels

*) Im Fürstenthum Osnabrück existiren bestimmte Vorschriften. S. Runde von der Int. Wirthschaft §. 84.

fester Principe ein Abhelf rechtlich durchzusetzen steht, macht solcher Mangel sich oft recht fühlbar. Was die Gutsherrschaft oder die für solche handelnde obrigkeitliche Behörde entweder im voraus bestimmt hat oder im vorkommenden einzelnen Falle bestimmt, muß Recht seyn. — Es mag allerdings Schwierigkeiten haben, die Abfindung der Kinder der Interimswirthe auf bestimmte Grundsätze zurückzuführen, welche in jedem einzelnen Falle als billig und passend erscheinen, allein es ist doch immer besser, Grundsätze zu haben, wie der Willkühr anheim gegeben zu seyn.

Möchten daher unterrichtete Männer ihre Erfahrungen und Ansichten über diesen Gegenstand mittheilen, und dadurch zur Herstellung möglichst anpassender Grundsätze behülflich seyn, welche um so wünschenswerther sind, als unsere Gesetzgebung vorerst noch wohl nicht einschreiten dürfte.

V.

Wenn altersschwache oder kränkliche Hofwirthe, deren gesetzliche Nachfolger noch im Kindesalter stehen, einer mannbaren Tochter das Einheirathen eines Interimswirthes verstatten, und gleichwohl sich noch die Regierung auf unbestimmte Zeit vorbehalten, pflegt dem Interimswirthe bis zur Uebergabe der Wirthschaft der Genuß des Altentheils verwilligt zu werden, welchen erstere demnächst für sich verlangen. Von solchem Altentheile kann indessen der Titulair-Interimswirth, sobald er Nachkommenschaft erhält, nicht füglich subsistiren. Daher sollte entweder das Einheirathen von Interimswirthen, welche die Wirthschaft nicht sofort erhalten, von Gutsherrschaftswegen denegirt oder aber die Erhöhung der interimistischen Sustentation der Titulair-Interimswirthe nach den Bedürfnissen der anwachsenden Familie concedirt werden.

In einem vorgekommenen Falle zeugte ein Titulair-Interimswirth auf einem Cammer-Meyerhofe 3 Kinder und konnte daher mit dem ihm zufließenden Altentheile nicht mehr auskommen. Gleichwohl vermochte er dessen billigmäßige Erhöhung von der betreffenden Landdrostey nicht zu erlangen. Der Hof war übrigens schuldenfrey, und einen Titulair-Wirth, seinen leiblichen Sohn, hatte der 82jährige Colon bereits überlebt.

Von der Kündbarkeit der Staatsdiener in früheren Zeiten.

(Von dem Schatzregistrator Dr. jur. Kleinschmidt zu Hannover.)

In einer Zeit wo man die Frage: ob es zweckmäßig sey, die Diener des Staats auf eine kündbare Weise anzustellen, so vielfältig bespricht, wird es vielleicht nicht uninteressant seyn, zu wissen, was unsere Vorfahren darüber für Ansichten hatten.

Eine vom Herzoge Heinrich dem Jüngern am 15ten August 1541 für das Fürstenthum Wolfenbüttel erlassene Amts-Ordnung enthält deshalb:

> vnnd wen dan ein Jeder (nämlich Underschreiber, Vogtt, Hoffmeister, Holzforster, Sottmeister, Koch, Schleusser, Backer vnnd Pfortener) seine Angenhomen Zeit Ausgedient hatt, soll derselbige des Aydes alsodan erst widerrumb Frey vnnd loß sein. Doch ein Jeder seinen Dienst dem Andern ein halb Jar zuvorn vor dem Abzihenn Also zu Sanct Johannis Im Sommer vnnd Weinnachten Auffkeuntigen.

Man sieht also hieraus, daß die geringeren Staatsdiener kündbar waren. Aber auch die höheren Staatsdiener

scheinen. nach Inhalt Herzogs Julii Testaments vom 29sten Juny 1582. §. Er unser ältester Sohn und regierender Fürst Herzog Heinrich Julius soll auch rc. einer gleichen Kündbarkeit unterworfen gewesen zu seyn.

Was die städtischen Officianten betrifft; so ist mir eine bis jetzt ungedruckte Bestallung weiland Bürgermeisters Johann Schwarzkopf zu Einbeck vom Jahre 1585 zu Händen gekommen, woraus hervor geht, daß diese sogar nur, wie jetzt die Bürgervorsteher, auf gewisse Jahre angesetzt und dabey ganz erbärmlich salarirt wurden.

Ich theile dieses Document hier folgender Gestalt mit:

Wy de Radtt der Stadtt Einbeck bekennen openbar, in dussem breife, Vnder Vnser Stadtt groten Ingesiegell, datt wi mit wetten Vnd willen, Vnsers Olden Rades, Gildemesters Vnd Olderludenn Vnnd Alle der Jennigen so Vns hirtho von Vnser gemeine wegenn nodich ist gewesen, mit Vnserem Burgermeister Dem Ersamen Johann Schwarttkop, einer Dienstbestallunge haluen Vp Söß Jahr, wedderumb gehandelt vnnd geschloten hebbenn, Also datt he Vnnß, de tidtt euer hefft, vorsprockenn, Vnß vnd gemeiner Stadtt, na alle seinem besten vermugen, Vornunfft vnd vorstande In allen vnseren Vnd der Stadtt Sacken, mit schriuen, Reisen vnd Redenn, trulichen tho donde, Doch heffen wir Vnß tho beiden theilen In dusser bestallunge die frien machtt vorbeholdenn, Wen von solchen Söß Jahren, Drei Jahr vorschienen, Vnndtt Vnder Vnß Als dan dem einen oder dem Anderen Theil Vngelegenn vorfallen wurde, Die Obiegen vorsprochenn Drei Jahr Vordan Also

vt tho volbende, datt ein dem Andern, Im Drudden Jahr, Vf Johannestag im Mittensommer, Die lose mag thun, Vnd damit dusse bestallunge Vp folgenden Sanct Michaelistagk thom ende Bringen, DarJegen hebben wir Ihme Jehrliches Drittich daler vorsprochenn Vnd dat he deß Jahrs twey male Bruwen magk, Dieweil dusse bestallunge wehrett, gewilligett Vnd nachgegeben, Vnd dohn In machtt dusses breues, Jegenwordichlich, Wir wollenn vnd schollenn ock Ihme In dieser Dienstbestallung nicht Anstellen, Dat ohme vorwittlichen sein mochtte, oder nichtt vor Andtworden konde, ohne list vnd geferde, Datum Anno Domini, Millesimo Quingentesimo octuagesimo quinto, Sabbattho post martini Episcopi ect.

Bitte.

Ich beabsichtige eine ansehnliche Sammlung von Dorfweisthümern, die im mittleren Deutschland gewöhnlich so, im südlichen Dingrodel, Ehhaften, Landtädinge, im nördlichen aber Höltingsgerichte, Markprotocolle, Vogtdinge, Hege und Meiergerichtsordnungen oder noch anders benannt werden, herauszugeben. Gedruckte Bücher und Deductionen, vorzüglich aber die Benutzung von Archiven und Privatmittheilungen aus verschiedenen Gegenden Deutschlands haben mir einen bedeutenden Vorrath dieser für die Geschichte des deutschen Rechts wichtigen Urkunden an Hand gegeben. Der Wunsch, meine Sammlung vor der Bekanntmachung noch mehr zu vervollständigen, und die Ueberzeugung, daß in Amtsarchiven, zumal in Acten des 16. und 17. Jahrhunderts manche dieser Denkmäler verborgen liegen, veranlassen mich zu der öffentlichen Bitte um gefällige Mittheilung derselben.

Göttingen im April 1832.

Jacob Grimm, Prof.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 5. Den 1. September 1832.

1) Landesherrliches Rescript vom 7. Mai 1832, an das Oberappellationsgericht, wegen Erstreckung der Gerichtsbarkeit desselben über einige vormals Hessische Parzellen.

Wilhelm der Vierte, König u. s. w.

Zufolge eines mit dem Kurfürstenthum Hessen unterm 23. December v. J. geschlossenen Vertrages, sollen das von Unserm Amte Münden eingeschlossene Kurhessische Dorf Laubach und die Mengedörfer Mollenfelde und Pohle, so viel Uns davon noch abgeht, mit ihren Gemarkungen an Uns, das zu Unserm Amte Münden ge=

hörige Dorf Wahnhausen, eben so wie das Gesammtdorf Rieste und das von Münchhausensche Gut Rienfelde an der Schaumburgschen Grenze, mit ihren Gemarkungen an das Kurfürstenthum Hessen abgetreten werden, und wie die gegenseitige Ueberweisung und Besitznahme im Laufe d. M. Statt finden wird, so finden Wir Uns in Gnaden bewogen, von dem demnächst öffentlich bekannt zu machenden Tage der Besitznahme an, die Unserm Oberappellationsgerichte beigelegte Competenz in ihrem ganzen Umfange auf die nach dem Obigen mit unserm Königreiche zu vereinigenden Gebietstheile zu erstrecken.

Indem Wir Euch solches zu Eurer Nachachtung hierdurch zu erkennen geben, und daneben bestimmen, daß Ihr in Ansehung der Form des Verfahrens für alle nach der Besitznahme anhängig zu machenden Processe, nach den hiesigen Euch sonst zur Norm dienenden Proceßgesetzen und Vorschriften zu verfahren habt, behalten Wir Uns vor, hinsichtlich der zur Zeit der Besitznahme schon anhängigen Processe nach Maaßgabe der mit dem Kurhessischen Gouvernement darüber noch zu treffenden Vereinbarung Euch mit weiterer Anweisung zu versehen.

Imgleichen fügen wir in Abschrift bei, was Wir an Unsere Justizcanzleyen hieselbst und zu Göttingen, so wie an Unsere Aemter Lauenau, Münden und Friedland unterm heutigen Tage erlassen haben. Wir ꝛc.

Hannover, den 7. Mai 1832.

Kraft Sr. Königlichen Majestät allergnädigsten Specialvollmacht.

Stralenheim. Alten. Schmidt-Phiseldeck. Wisch.

2) Rescript an die Justizcanzley zu Hannover. *)

Zufolge — — sollen das Mengendorf Pohle mit seinen Gemarkungen, — —, an Uns, das von Münchhausensche Gut Nienfelde mit seiner Gemarkung, aber an das Kurfürstenthum Hessen abgetreten werden — — — Eure Competenz — — zu erstrecken.

Indem Wir Euch solches zu Eurer Nachachtung hierdurch eröffnen, und daneben bestimmen, daß Ihr

1. in Ansehung der Form des Verfahrens in Civilsachen für alle nach der Besitznahme anhängig zu machenden Processe, nach den hiesigen Euch sonst zur Norm dienenden Proceßgesetzen und Vorschriften zu verfahren habt, und daß
2. bei den nach der Besitznahme etwa einzuleitenden Criminaluntersuchungen die hiesige Criminalinstruction vom 14. Mai 1736 und sonstigen hiesigen Criminal-Proceßgesetze und Vorschriften zu befolgen sind;

behalten Wir Uns vor — zu versehen.

(Das Rescript an die Justizcanzley zu Göttingen ist gleichlautend, nur daß darin das Dorf Laubach und Mengedorf Mollenfelde, als die erworbenen, das Dorf Wahnhausen aber und das Gesammtdorf Nieste als die an Kurhessen abgetretenen Parzellen genannt werden.)

*) Die in dem vorstehenden Rescripte wörtlich auch hier vorkommenden Stellen sind mit — — bezeichnet. d. E.

3) Rescript an das Amt Lauenau.

Zufolge — soll das Mengedorf Pohle mit seiner Gemarkung — an Uns abgetreten werden — zu erstrecken.

Indem Wir euch solches zu eurer Nachachtung hierdurch eröffnen, und daneben bestimmen, daß ihr

1. in Ansehung der Form des Verfahrens in Civilsachen für alle nach der Besitznahme bei euch anhängig zu machenden Processe Unsere Untergerichtsordnung vom 5. Oct. 1827 zur Norm zu nehmen und
2. bei den — sind, behalten Wir Uns vor — zu versehen.

(Die Rescripte an das Amt Münden und Friedland sind gleichlautend, nur daß in dem erstern das Dorf Laubach als erworben, das Dorf Wahnhausen und Nieste, als abgetreten, und in dem letztern das Dorf Mollenfelde als erworben, aufgeführt sind.)

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Steht dem Bürgen des Cassenbedienten die Einrede zu: daß der Cassenherr bey der Oberaufsicht über Letztern sich eine Nachlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen?

(Eingesandt.)

Die Zulässigkeit dieser Einrede gründet sich nicht auf ein bestimmtes Gesetz, sondern auf die Meinung der Herren von Bülow und Hagemann*) in ihren Pract. Erört. Th. 2. E. 10.

*) Diese Meinung ward in einem von Elvers in der Allg. Jur. Zeitung vom 8. Sept. 1830 referirten Rechtsfalle von der Juristen-Facultät zu Heidelberg adoptirt, und wird von Elvers aus neuen Gründen vertheidigt. Vergl. Jur. Zeitung f. d. Kgr. H. v. 1. May d. J. S. 152.

Sie stützt sich auf mehrere von ihnen vorgetragenen Gründe, die jedoch nach meinem Dafürhalten dem Zwecke und dem Wesen der Bürgschaft nicht gemäß sind.

Wer sich eine Bürgschaft bestellen läßt, giebt eben dadurch zu erkennen, daß er den Hauptschuldner nicht für vollkommen sicher halte.

Der Zweck und das Wesen dieses Rechtsgeschäfts geht demnach dahin, daß der Bürge die als wahrscheinlich oder doch als möglich vorausgesetzte Gefahr, bey dem Hauptschuldner zu verlieren, von dem Gläubiger ab- und auf sich nimmt.

Die Wirkung davon ist, und soll die seyn, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner, dem er als bonus pater familias sonst nicht hätte fidiren können, nun fidiren kann; daß er sich des sonst erforderlichen Mißtrauens, der sonst erforderlichen Vigilanz, der sonst erforderlichen Vorsichts-Maaßregeln überheben darf.

Dieses alles ist in so weit überflüssig geworden, und hat in so weit überflüssig werden sollen, als der Gläubiger durch die erhaltene Bürgschaft ohnehin gesichert ist.

Daher leihet jeder bonus familias und selbst jeder, wenn auch noch so vorsichtige Verwalter fremden Vermögens, zum Beispiel jeder Vormund, ohne daß ihm deshalb ein Vorwurf den Rechten nach trifft, Gelder an notorisch unvermögende Personen aus, sobald ein sicherer Bürge die Gewähr dafür übernimmt.

Er unterläßt auch wohl bey dem Ausleihen andere sonst übliche Vorsichts-Maaßregeln, eben weil sie durch die erhaltene Bürgschaft überflüssig geworden sind.

Er könnte sich zum Beyspiel vielleicht eine Hypothek vom Schuldner bestellen oder die bestellte gerichtlich ingrossiren lassen, er unterläßt solches jedoch, weil er sich

durch die Bürgschaft schon ohnehin genugsam gesichert findet.

Diese Unterlassung, die sonst Negligenz seyn würde, hört unter solchen Umständen auf, es zu seyn.

Ein Schuldner geräth in Vermögens-Verfall; seine Creditoren werden besorgt; sie verlangen ihr Geld; sie verklagen ihn. Er schafft indessen einen Bürgen an, und die Gläubiger sitzen nun wieder stille.

Dergleichen geschieht täglich, und sehr oft reden die Gerichte selbst dem Kläger zu, dem zahlungsunfähigen Schuldner gegen Bürgschaft eines Dritten Nachsicht angedeihen zu lassen.

In allen diesen Fällen würde die Einrede des Bürgen, der entweder den Schuldner für sicher gehalten oder aus Freundschaft für ihn die Bürgschaft übernommen hat: der Gläubiger hätte dem Schuldner nicht so lange fidiren, hätte ihm früher kündigen oder noch andere Sicherheit sich zu verschaffen suchen sollen — allen Rechts-Grundsätzen zuwider seyn.

Es folgt also aus dem Zwecke und dem Wesen des Bürgschafts-Geschäfts unmittelbar, daß der Gläubiger sich der sonst erforderlichen Maaßregeln für seine Sicherheit ohne Vorwurf in so weit überheben kann, als er durch die Bürgschaft gesichert ist; daß insonderheit der Bürge die Anwendung solcher Maaßregeln von dem Gläubiger nicht verlangen und gegen ihn aus deren Unterlassung keine Einrede gegen seine, des Bürgen Zahlungs-Verbindlichkeit hernehmen kann.

Betrachtet man nach dieser Prämission eine Dienstbürgschaft, wo jemand sich für einen Casse-Bedienten wegen der von ihm zu hebenden und an den Casse-Herrn abzuliefernden Gelder verbürgt, so ergeben sich folgende Resultate.

Zur Zeit einer solchen Bürgschaft existirt zwar noch nicht, wie das bey andern Bürgschaften der Fall ist, ein debitum des Casse-Bedienten; allein nichts desto-weniger ist sie gefährlicher für den Bürgen, als eine Bürgschaft für eine schon existirende Schuld.

Der Casse-Bediente ist gewöhnlich ohne eigenes Vermögen, womit er für sich selbst die Dienst-Caution bestellen könnte.

Der Bürge verbürgt sich also für einen insolventen debitor.

Der Bürge muß also voraussetzen, der Casse-Bediente werde keinen Casse-Defect machen.

Der Grund dieser Präsumtion liegt darin, weil er ihn für einen treuen redlichen Menschen hält.

Er verbürgt sich also für dessen Moralität ohne Rücksicht auf dessen pecuniäre Sicherheit.

Wollte man annehmen, der Bürge hielte sich bloß durch die Oberaufsichts-Maaßregeln des Casse-Herrn gesichert, so daß der Casse-Bediente keinen Casse-Defect machen könne, so würde eine jede Dienst-Bürgschaft ganz überflüssig seyn.

Eben um nicht nöthig zu haben, eine solche strenge und kleinliche Controlle und Ober-Aufsicht über seinen Casse-Bedienten durch öftere Casse-Visitation oder andere Maaßregeln zu führen, die für Casse-Herrn und Casse-Bedienten lästig und für Erstere mit Weitläuftigkeit und Kosten verknüpft sind, und wodurch am Ende der Casse-Herr zum Casse-Bedienten, der Ober-Vormund zum Vormunde wird — läßt sich der Casse-Herr die Bürgschaft bestellen.

So wenig es zu der Pflicht eines Obervormundschaftlichen Gerichts gehört, ohne specielle Ursache eine Cassen-

Visitation bei dem Vormunde anzustellen, eben so wenig ist der Casse-Herr dazu verpflichtet; und die allgemeine Observanz in den hiesigen Landen, ist die, daß die die Ober-Aufsicht öffentlicher Cassen führenden Behörden bei den zumal entfernt wohnenden Casse-Bedinten dergleichen Casse-Visitationen nur dann anstellen lassen, wenn der Cassen-Bediente sich speciell eines Casse-Defects verdächtig gemacht hat.

Dagegen führen die Herren von Bülow und Hagemann an:

I. „es lägen bei einem solchen Dienst-Bürgschafts-„Vertrage immer folgende Bedingungen stillschweigend „zum Grunde:

„1) daß es der Herr der Casse seiner Seits an dem-„jenigen nicht werde fehlen lassen, was dazu gehört, um „den Casse-Bedienten in seiner Amts-Pflicht zu halten;

„2) daß der Gläubiger sich verbinde, solchergestalt „auf den Rechnungsführer zu achten, daß dieser nicht „leicht etwas von demjenigen, was in seine Hände „kommt, unterschlagen könne;

„3) daß eben deswegen der Casse-Herr zusage, eine „solche beständige Controlle und Aufsicht zu führen, die „den Casse-Bedienten in gehöriger Besorgniß vor der „Entdeckung von Unordnungen und Veruntreuungen „erhalte."

Die Voraussetzung dieser stillschweigenden Bedingungen scheint mir jedoch sehr gewagt und willkührlich.

Stillschweigende Bedingungen sind nur dann zu supponiren, wenn sie aus der Natur des Geschäfts hervorgehen.

Dies ist hier nicht der Fall, indem die vorausgesetzten Bedingungen dem Zwecke der Bürgschaft und namentlich der Dienst-Bürgschaft gerade entgegen sind.

Ich gebe gern zu, daß ein kluger und vorsichtiger Cassen-Herr in der Regel auch ohnerachtet der Bürgschaft auf seinen Cassen-Bedienten vigiliren wird, erstlich weil es besser ist, das Seinige zu haben, als es erst zu fordern; zweitens, weil auch der Bürge insolvent werden kann; und drittens, weil die Erfahrung lehrt, daß Bürgen, bevor sie zahlen, gewöhnlich erst viele Weiterungen machen.

Aber diese Vigilanz übt der Cassen-Herr um seinetwillen, nicht um des Bürgen willen aus, und wenn daher der Bürge auch mit Recht vermuthen kann, daß der Cassen-Herr vigiliren werde, so giebt doch diese Vermuthung ihm kein Recht auf eine solche von dem Cassen-Herrn anzuwendende Vigilanz.

Zwischen Voraussetzung oder Vermuthung und stillschweigender Bedingung ist jedoch ein großer Unterschied.

Der Bürge eines Cassen-Bedienten setzt voraus, daß dieser ein ehrlicher Mann seyn werde, denn sonst würde er nicht bürgen wollen. Diese Voraussetzung kann ihn aber nicht gegen die Ansprüche des Gläubigers schützen; und er daher keine Einrede nehmen, wenn der Cassen-Bediente ein Betrüger wird.

Kurz wenn der Bürge ein Anrecht auf die fortdauernde Vigilanz des Gläubigers haben will, so muß er sich solche ausdrücklich ausbedingen.

Thut er das nicht, verbürgt er sich unbedingt, so ist er auch unbedingt schuldig und zu condemniren.

Ferner sagen die Herren von Bülow und Hagemann:

II. „Es fehle dem Bürgen an Mitteln, den Rechnungsführer zu controlliren."

Angenommen, daß dieser Satz allgemein richtig und

zutreffend sey, was jedoch nicht ist, so folgt daraus nichts weiter, als daß die Bürgschaft für einen Cassen-Bedienten ein Wagstück ist, die auch in der Regel nur aus Freundschaft und nicht wegen pecuniärer Sicherheit für den Cassen-Bedienten übernommen wird.

Will der Bürge diese aus der Natur des Geschäfts fließende Gefahr mildern, so prospicire er sich. Er mache Bedingungen, Einschränkungen, Vorbehalte; aber er mache sie ausdrücklich, das Gesetz macht sie nicht für ihn.

Doch noch mehr. Der Bürge ist auch nicht ganz ohne Mittel den Rechnungsführer zu controlliren.

Er kann ihn von Zeit zu Zeit auffordern, zu dociren, daß er Rechnung abgelegt und reliqua präſtirt habe.

Unterläßt der Rechnungsführer hier irgend etwas, so kann der Cavent die Bürgschaft kündigen.

Mit einem Worte, der Bürge kann und muß selbst prüfen, ob der Casse-Bediente dem Vertrauen entspricht, das er in dessen Redlichkeit gesetzt hat; denn nur diese, nicht die Solvenz des Cassen-Bedienten, ist für den Bürgen die causa impulsiva der Uebernahme der Bürgschaft.

Ferner

III. führen die Herren von Bülow und Hagemann an: „der Gläubiger sey schuldig, dem Bürgen „culpam levissimam, wenigstens culpam latam, zu „präſtiren.

Hierauf ist folgendes zu erwiedern: Wenn der Bürge gegen den Gläubiger ein Recht darauf hätte, daß dieser den Haupt-Schuldner controllirte und auf ihn vigilirte, wenn der Gläubiger dem Bürgen zu einer solchen Vigilanz verpflichtet wäre; dann würde die Unterlassung dieser Vigilanz eine culpam des Gläubigers gegen den Bürgen involviren.

Aber jenes Recht des Bürgen bestreite ich gradez und es kann nicht als erwiesen angenommen werden; da kein Gesetz es verordnet und es gegen das Wesen und den Zweck der Dienst-Bürgschaft ist.

Es kann also hier überhaupt von keiner culpa die Rede seyn, die der Casse-Herr dem Bürgen zu prästiren haben würde; überall aber hat er culpam levissimam gar nicht zu prästiren.

Wenn gleich der Bürge gewöhnlich keinen Vortheil aus der Bürgschaft zieht, so contrahirt er doch in der Regel nicht dem Gläubiger, sondern dem Schuldner zu Gefallen und zu dessen Besten.

Diesem einen Vortheil, sey es eine Bedienung, ein Anlehn, eine Stundung zu verschaffen, ist des Bürgen Zweck, und nur in dem Falle, daß dieser Zweck erreicht wird, übernimmt er die Bürgschaft.

Daher ist der Vertrag, den er mit dem Gläubiger schließt, keine conventio benefica, sondern onerosa; wohingegen der Vertrag, durch welchen der Bürge sich gegen den Hauptschuldner zur Uebernahme der Bürgschaft anheischig macht, eine conventio benefica ist.

(Der Beschluß folgt.)

II. Ueber die cura sexus.

Es möchte keineswegs eine erfreuliche Erscheinung im Rechtsgebiete genannt werden können, daß ein so wichtiges Institut, wie die cura sexus, von der s. g. Praxis da, wo es von der gesetzgebenden Gewalt nicht aufgehoben ist, zur Antiquität gemacht werden zu sollen scheint. Mag es immerhin ein entbehrliches Institut heißen

dürfen, sollte es billig doch um der Nachtheile willen, die aus seiner willkührlichen Hintansetzung entstehen können, von den Gerichten respectirt werden. Denn wie wenig die s. g. Praxis im Stande ist, einen gesetzwidrigen Rechtszustand unwandelbar zu begründen, davon hat sie selbst mehrere merkwürdige Beweise in neuerer Zeit zum großen Schaden der Betheiligten geliefert.

Im Herzogthum Lauenburg, wo Sachsenrecht gilt, dem die cura sexus bekanntlich angehört,*) ist dieselbe bisjetzt durch kein Gesetz aufgehoben.

Eben so wenig ist dieß in dem, nicht an Dännemark abgetretenen, Theile des Herzogthums Lauenburg bislang der Fall gewesen, weshalb sie in den Aemtern Neuhaus und Artlenburg, und in den Gerichten Preten, Wahnungen, Lüdersburg und Obermarschacht, imgleichen im Lande Hadeln, von Rechtswegen noch bestehen sollte. Sie besteht aber wohl nur allein noch im Lande Hadeln.**) In den genannten Aemtern und

*) Sachsenspiegel B. I. Art. 43 bis 47.

**) Und zwar gesetzlich, nach ausdrücklicher Vorschrift des Hadelnschen Landrechts P. III. T. I. und T. II. In der ersten Stelle heißt es: Vormünder sollen gegeben werden unmündigen Kindern, Jungfrauen und Frauen, die nicht begeben noch geehliget seien. — — Diese Personen können selbst zu Rechte nicht stehen, noch jemand besprechen, noch verkaufen, kaufen, oder sonst ihre Güter selbst verwalten, und was ohne Consens der Vormünder geschieht, das ist zu Rechte unkräftig. Unmündige aber unter den Knaben seyen, welche noch nicht 18 Jahr alt. Mägdlein aber werden, als lange dieselben zum Ehren nicht ausgesteuret sein, für minderjährige geachtet und gehalten;
und Tit. II. — — Jungfrauen und Witben werden vom Recht, wenn es von Nöthen, Kriegesche Vormünder zu ihrer Klage und Antwort verordnet. — — — —

Gerichten kommt sie dagegen wohl nicht mehr durchgehends vor, oder doch nicht im vollen gesetzlichen Ansehn. Das ganze Sachsen-Recht theilt ja diese Hintansetzung, und muß es vielfach, wenn nicht überall, leiden, daß ihm das gemeine Recht vorgezogen, und seiner weder von den Richtern, noch von den Anwälden, gedacht wird, da es doch bis zum Beweise des Gegentheils gesetzliche Gültigkeit in Anspruch nehmen darf. *)

Es wird nicht uninteressant seyn, aus nachfolgenden Präjudizen zu erfahren, welche Bedeutung das Institut der cura sexus noch im Mutterlande, d. i. im Herzogthum Lauenburg, hat, wo das Sachsenrecht den Anfeindungen des gem. Rechts unleugbar weniger ausgesetzt ist, als in den ebenbenannten, dem Königreiche Hannover verbliebenen, Landestheilen.

I.

FREDERIK der Sechste von Gottes Gnaden, König zu Dännemark ꝛc.

In Sachen der Elisabeth Groth, gebornen Werth cum cur. mar. zu Lübeck, Klägerin und Appellantin, einerseits, wider den Schuster Johann Anton Mathias Werth zu Grinau, Beklagten und Appellaten, andererseits, wegen Herausgabe des Nachlasses der Wittwe Fedder.

Wird auf die eingebrachten Appellations-Beschwerden und fernere Verhandlungen nach reifer Erwägung der Acten

---

*) v. Duve Zeitschrift für Gesetzgebung ꝛc. Bd. I. Heft 1. S. 154. und Heft 3. S. 176. Wenn Oesterley im Handbuch des Processes I. S. 21. Not. 27. behauptet, daß es nur insofern zur Anwendung komme, als erwiesen sey, daß eine Bestimmung desselben stets und von jeher angewandt worden, möchte dieß schwerlich zu rechtfertigen seyn.

dieser und der vorigen Instanzen und nachdem die Sache für beschlossen angenommen, hiermit für Recht erkannt:

daß, da die Wittwe Fedder zur Eingehung des mit dem Appellaten geschlossenen, seinerseits erfüllten und durch ihren Tod bestätigten, Alimentations- und Ueberlassungsvertrags ohne Zuziehung eines Curators sowohl nach der im Herzogthum Lauenburg geltenden Verfassung als nach den Vorschriften des nur über die *Curatela ad litem* disponirenden gemeinen Sachsenrechts vollkommen befugt war, der Umstand aber, daß gedachte Wittwe Fedder ihren Willen ohne einen Curator vor Gericht erklärt hat, ein Rechtsgeschäft nicht ungültig machen kann, zu dessen Vollziehung sie überall keines Geschlechts-Vormundes bedurfte, überdies auch der von ihr mit dem Appellaten geschlossene Leibgedings-Contract sowohl factisch durch beinahe dreyjährige Benutzung des stipulirten Leibgedings als durch spätere außergerichtliche Erklärungen der Verstorbenen ratihabirt worden ist.

Das von dem Lauenburgschen Hofgerichte am 5. Februar 1822 publicirte Urtheil, pure zu confirmiren, und ad exequendum zu remittiren, die Appellantin auch schuldig sei, dem Appellaten die Kosten dieser Instanz s. m. zu erstatten.

Wie denn solchergestalt unter Remittirung der eingeforderten Acten hiermit erkannt wird.

Von Rechts-Wegen.

Publicatum im Königl. Holsteinisch-Lauenburgischen Obergerichte zu Glückstadt, den 10. April 1823.

(L. S.) v. Brockdorff. Feldmann.

II.

Namens Sr. Königl. Majestät.

Auf die unterm 21. July 1831 hieselbst eingereichte Rechtfertigung der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde abseiten der Wittwe Hartwig zu Pötrau, Klägerin und Querulantin, jetzt Implorantin, wider die Wittwe Hennigs daselbst, Beklagte und Querulatin, jetzt Imploratin, wegen Wasserstauens.

Wird der Implorantin hiemit nach vorheriger Actenansicht zum Bescheide ertheilt, daß — da die Implorantin darin gewilliget hat, daß die Entscheidung des Processes von dem Gutachten sachverständiger Personen abhängig gemacht werde, und diese, nachdem ihnen die Acten mitgetheilt und die Lage der Sache an Ort und Stelle untersucht, ihr Gutachten abgegeben und in Uebereinstimmung mit demselben entschieden ist, das Erkenntniß überdieß auch nichts gravirliches für die Implorantin enthält, mithin es um so weniger darauf ankommen kann, ob Implorantin, welche mit einem Anwald versehen war, noch mit einem besondern Geschlechtsbeystand aufgetreten ist — das angebrachte Gesuch nicht stattfinde.

Urkundlich unterm vorgedruckten Königlichen Insiegel zu Glückstadt, den 4. Octbr. 1831.

(L. S.) v. Brockdorff. Levsen.

In diesem letzteren Falle war Implorantin anfangs, wo eine höchst summarische mündliche Verhandlung der Sache beym Amte Lauenburg Statt hatte, ohne Anwald, und als sie solchen nachher, in weiter Entfernung von ihrem Wohnorte, zu Hülfe nahm, gerirte derselbe sich nur als Advocat, von einer cura sexus war keine Rede. Nach Vorschrift der Hofgerichts-Ordnung des

Herzogs Julius Franz soll ein solcher aber den litigirenden Frauenzimmern mit eydlicher Verpflichtung beygegeben werden, mindestens enthält sie im Tit. XV. den Eyd der kriegischen Vormünder.

Die Regierung in Ratzeburg erkannte auch noch vor wenigen Jahren die Nothwendigkeit der Beyordnung eines Geschlechts-Curators in gerichtlichen Händeln an, wie nachfolgendes Erkenntniß ergiebt, dürfte sich aber vielleicht nunmehr der Ansicht des Obergerichts fügen.

III.

Unsere ꝛc.

Wir lassen die Acten in Sachen Marie Jasper wider den mandatarium Beuschescher Crediteren, Advocaten Schmidt, wegen Restitution, nebst den Acten die Convocation der Beuscheschen Creditoren betreffend, hieneben zurückgehen.

Wenn sich nun daraus ergiebt, daß der Appellantin kein *Curator ad lites* zugeordnet worden, welches hätte geschehen müssen, sobald sie, sei es nun allein oder in Verbindung mit den Vormündern ihrer jüngeren Geschwister, über deren mütterliches Vermögen Streit obwaltet, imgleichen wegen sonstiger Forderungen, gerichtlich auftreten wollte, so habt Ihr derselben einen solchen Curator annoch zuzuordnen, und sie bewandten Umständen nach unter Aufhebung Eures Bescheides vom 2. April d. J. mit ihrem professo wegen Lohns praevia restitutione in integrum zuzulassen.

Wir ꝛc.

Ratzeburg, den 29. August 1829.

(Regierung.)

An
den Magistrat zu
Lauenburg.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



Juristische Zeitung für das Königreich Hannover.

№ 6. Den 15. September 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Zur Erläuterung der §. §. 5. u. 12. der Verordnung vom 6ten Julius 1827, über die Bestimmung des Wohnorts der Unterthanen in policeylicher Hinsicht.

Der Israelit Isaac Simon, gebürtig aus Ritterhude, verließ vor ohngefähr 33 Jahren seinen Geburts-Ort, diente etwa 19 Jahre bey verschiedenen Juden im Amte Sycke, hielt sich die übrige Zeit, etwa 14 Jahre lang, auf eigene Hand in gedachtem Amte auf, und trieb dort

Geschäfte für eigene Rechnung. Jedoch hat er dort so wenig einen Schutzbrief als ausdrückliche Erlaubniß zum Aufenthalt erhalten. Zuletzt wurde dieser Simon lahm, und weil er auch schlechterdings kein Vermögen besaß, woraus sein Unterhalt bestritten werden konnte, so wurde er von Sycke nach seinen Geburts-Orte Ritterhude zurück geschickt. Der Israelitische Vorsteher Cohen zu Osterholz fand sich veranlaßt, diesen Fall der Königlichen Landdrostey zu Stade anzuzeigen, indem er dafür hielt, daß hier der §. 5. der Königlichen Verordnung vom 6ten July 1827 *) zur Anwendung kommen, mithin die Judenschaft zu Sycke oder des dortigen Bezirks für den Unterhalt dieses jetzt hülfsbedürftigen Simon sorgen müsse. Das Königliche Cabinets-Ministerium zu Hannover, dem die Sache zur Entscheidung vorgelegt worden, hat aber, wie das anliegende Rescript der Königlichen Landdrostey zu Stade ergiebt, anders entschieden und bestimmt:

> daß ein hülfsbedürftiger unvergleiteter Israelit die Unterstützung und den fernern Aufenthalt in derjenigen israelitischen Gemeinde, in welcher er sich ohne Schutz aufgehalten, nicht in Anspruch nehmen kann, vielmehr zu seiner Aufnahme und Unterhaltung nur sein Geburts-Ort verpflichtet ist.

*) Dieser §. 5. lautet dahin: Wenn jemand, ohne die Befugniß zum bleibenden Aufenthalt auf die oben sub 1. bis 3. bestimmte Weise erhalten zu haben, sich mit der Absicht, sich dauernd niederzulassen, fünf Jahre hindurch in einer Gemeinde ununterbrochen aufhält, und seinen eigenen Haushalt führt, so daß die Gemeinde, oder in den Städten die Obrigkeit, eine Kenntniß davon hat erlangen können, und seine Absicht, einen bleibenden Wohnort zu nehmen, deutlich gewesen ist; so hat derselbe das Recht zum fernern Aufenthalt an diesem Orte erworben u. s. w. — — —

Wir benachrichtigen den israelitischen Vorsteher N. Cohen zu Osterholz, daß das Königliche Cabinets-Ministerium wegen des hülfsbedürftigen Isaac Simon aus Ritterhude, die nachgesuchte Entscheidung unterm 7ten d. M. dahin abgegeben hat, daß gedachtem Simon ein Recht auf bleibenden Aufenthalt an einem andern als seinem Geburtsorte nicht um deswillen eingeräumt werden könne, weil er sich zu Syke als Judenknecht und nachmals auf eigene Hand umhergetrieben habe; und daß derselbe daher vor der Hand an seinem Geburtsorte Ritterhude so lange bleiben müsse, bis ihm nöthigenfalls ein anderer Wohnort durch Schutzverleihung oder Erlaubniß zum einstweiligen Aufenthalte angewiesen werden könne; welches aber jedenfalls die Nachweisung voraussetze, auf welche Weise er zu Syke sich zu ernähren gedenke und daß Aussicht dazu vorhanden sey.

„So wie nun diesen Bestimmungen zufolge, und da der gedachte Simon nach den bisherigen Verhandlungen als Hülfsbedürftiger keine Nachweisung über die Art, wie er sich ernähren will, wird geben können, der Unterhalt desselben der Judenschaft des hiesigen Landdrosteybezirks zur Last fallen muß; so wird der Vorsteher Cohn sich den bey dieser Gelegenheit vom Königlichen Cabinets-Ministerio ausgesprochenen Grundsatz, nach welchem

> ein hülfsbedürftiger unvergleiteter Israelit die Unterstützung und den ferneren Aufenthalt in derjenigen israelitischen Gemeinde, in welcher er sich ohne Schutz aufgehalten, nicht in Anspruch nehmen kann, vielmehr zu seiner Aufnahme und Unterhaltung nur sein Geburtsort verpflichtet ist,

in künftigen ähnlichen Fällen zur Nachricht und Direction dienen lassen.

Stade, den 16ten November 1829.

Königliche Landdrostey.

E. Marschalck."

An
den israelitischen Vorsteher
M. Cohn zu Osterholz.

II. Steht dem Bürgen des Cassenbedienten die Einrede zu: daß der Cassenherr bey der Oberaufsicht über Letztern sich eine Nachlässigkeit habe zu Schulden kommen lassen?

(Beschluß.)

Die Herrn von Bülow und Hagemann behaupten endlich:

IV. „Der Casseherr, der nicht zur Genüge auf „seinen Rechnungsführer vigilire, begehe wenigstens eine „culpam gegen sich, indem sie von diesem Gesichts„punkte ausgehend L. 203 de reg. jur. darauf anwen„den: damnum quod quis ex sua culpa sentit, non „sentire intelligitur."

Dieses Gesetz würde jedoch hier nur in dem Falle eine Anwendung finden, wenn es wahr wäre, daß der Casse-Herr sich durch Unachtsamkeit auf den Rechnungsführer des Regresses gegen den Bürgen verlustig mache. Aber eben dieses ist gerade der Punkt, der bestritten wird.

Ist jener Satz nicht wahr, so macht der Cassen-Herr sich durch die qu. Unachtsamkeit, insoweit als er durch

die Bürgschaft gedeckt ist, keiner culpa gegen sich schuldig, eben weil er durch die Unachtsamkeit nicht verlieren kann.

Kein Gesetz spricht für die Theorie der Herren von Bülow und Hagemann weder direct noch analogisch.

Zwar sagt L. 95. §. 11. de solut. Si creditor a debitore culpa sua ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionem cedere.

Allein hier ist von dem Falle die Rede, wenn durch die Schuld des Gläubigers die gegen den Hauptschuldner zuständige Klage selbst, das jus agendi z. B. durch Präclusion in contumaciam oder sonst, verloren geht, und er selbige also dem Bürgen nicht mehr cediren kann.

Hier fällt allerdings auch der Anspruch gegen den Bürgen weg, weil dessen Verbindlichkeit blos accessorisch ist und mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners steht und fällt.

Hier ist eine culpa lata, wenigstens levis, vorhanden, die der Bürge dem Gläubiger als Einrede entgegen setzen kann.

Dahingegen geht die Klage gegen den Casse-Bedienten nicht verloren, wenn er auch von dem Casse-Herrn nicht controllirt ist, und der Gläubiger kann auch in diesem Falle dem Bürgen die Klage cediren, wie das Gesetz am Ende erfordert.

Solchemnach ist die Frage: Ob der Casse-Herr durch Nachsicht und Mangel an Oberaufsicht über den Casseführer seinen Anspruch an den Bürgen verliert? zu verneinen.

Gesetzt aber, man dürfte sie im Allgemeinen betrachtet bejahen, so würde das doch bey öffentlichen Cassen eine Ausnahme leiden.

Die öffentliche Casse, die durch einen ungetreuen Rechnungsführer betrogen wird, ist nicht das Eigenthum derjenigen Individuen, denen die Aufsicht über den Rechnungsführer oblag, sondern das Eigenthum des Landesherrn oder des Staats, des Landes.

Wenn also bey der Aufsicht über den Rechnungsführer etwas versäumt wird, so ist es nicht der Gläubiger selbst, der in culpa ist, sondern die Staats- oder Landes-Behörde, der eine Aufsicht übertragen war.

Der Landesherr, der Staat, können das öffentliche Vermögen nicht selbst verwalten, nicht selbst die Cassen-Bedienten controlliren; eben darum sind ihrem Vermögen, ihren Cassen, die beneficia minorum beigelegt.

Freylich könnten der Landesherr und die Landschaft ihren Regreß wiederum an die nachlässigen Personen der Oberbehörden nehmen.

Allein es würde die Frage dann entstehen: Wer in dem vorausgesetzten Falle einer Nachlässigkeit der Oberbehörde zuerst für die Defecte des Rechnungsführers in Anspruch zu nehmen sey? der Bürge oder die Personen der Oberbehörde?

Es ist bekannten Rechtens, daß wenn ein Vormund etwas versäumt oder veruntreuet hat, und das Ober-vormundschaftliche Gericht sich bei Anordnung der Tutel oder bey der Ober-Aufsicht über den Vormund eine Vernachlässigung hat zu Schulden kommen lassen, das Gericht zwar in subsidium für die Defecte des Vormundes haften muß; daß aber die Bürgen des Vormundes eher in Anspruch zu nehmen sind, und das Gericht nur dann haftet, wenn von diesen nichts zu erhalten steht.

L. 4. L. 5. de mag. conv. (V. 75.)
Brunnemann ad h. l.
Lauterbach Coll. th. pr. L. 27. Tit. 8. §. 1.

Der Staat oder der Fiscus steht dem Minderjährigen, der Casse-Bediente dem Vormunde und die Oberbehörde in ihren Personen dem Obervormundschaftlichen Gerichte gleich.

Folglich ist der Bürge des Casse-Bedienten eher in Anspruch zu nehmen, als das Personal der Oberbehörde.

Es kann daher die Nachlässigkeit der Oberbehörde dem Bürgen keine Einrede gewähren, und er zu deren Beweise nicht zugelassen werden.

Vielleicht dürfte man es mit den Herrn von Bülow und Hagemann zu der Pflicht der Oberbehörden rechnen: „daß manchmal unvermuthet eine Nachzählung des „baaren Cassen-Bestandes bey dem Casse-Bedienten „geschieht."

Allein kein Gesetz legt den Oberbehörden eine solche Pflicht auf.

Die Herren von Bülow und Hagemann beziehen sich zwar auf die Verordnung vom 15ten April 1765 wegen Bestrafung ungetreuer Rechnungs-Bediente,

C. C. C. Cap. II. pag. 676.

nach dessen §. 2. es den Rechnungs-Bedienten zur Pflicht gemacht ist, die herrschaftlichen Gelder dergestalt separat zu halten, daß sie auf Erfordern jedesmal augenblicklich zeigen können, wo selbige Gelder besonders verwahrt stehen.

Allein dieses Gesetz enthält nur eine Pflicht für die Casse-Bedienten, nicht aber für den Casse-Herrn.

Freylich steht eine solche Revision in seiner Willkühr aber deren Unterlassung zeigt noch keine Nachlässigkeit, die den Bürgen des Casse-Bedienten liberiren kann.

Betrachtet man die Sache analog nach den Verhältnissen bey Vormundschaften, so würde zwar das Obervormundschaftliche Gericht bey speciellem Verdachte gegen

die Treue des Vormundes befugt seyn, eine unvermuthete Revision seiner Casse vorzunehmen; allein durch kein Gesetz ist es dem Gerichte zur Pflicht gemacht, eine solche Cassen-Controlle manchmal und unvermuthet bey dem Vormunde vorzunehmen; und niemals würden die Bürgen des Vormundes aus der Unterlassung jener Cassen-Controlle eine Einrede zu ihrer Befreyung den Rechten nach hernehmen können.

Auch wird nach der Observanz in hiesigen Landen eine solche Cassen-Revision bey Rechnungsführern öffentlicher Gelder nur aus besondern Gründen bey speciellem gegen den Cassen-Bedienten entstandenem Verdachte vorgenommen; und sie wirft daher auf seinen guten Ruf ein nachtheiliges Licht.

Darneben ist eine solche Untersuchung, die, wenn der Rechnungsführer entfernt von der Ober-Behörde wohnt, durch Commissarien an Ort und Stelle bey dem Casseführer geschehen muß, mit Kosten verknüpft.

Eben, um diese Kosten und Weitläuftigkeit zu vermeiden, läßt sich der Casse-Herr Bürgschaften für seinen Rechnungsführer bestellen.

Das, was die Herren von Bülow und Hagemann den Oberbehörden der öffentlichen Cassen zur Pflicht machen wollen, ist überdem sehr schwankend und unbestimmt.

Sie sagen: die Oberbehörden müßten „manchmal" und „unvermuthet" eine solche Cassen-Nachzählung vornehmen.

Man darf daher wohl mit Recht fragen: Wie oft, wie viel von den manchmal, muß der Casse-Herr die Revision vorgenommen haben, wenn der Bürge des Cassefühers sich nicht seiner Zahlungs-Verbindlichkeit soll entziehen dürfen?

Auch dürfte die „unvermuthete" Revision nicht immer zur Aufklärung des Defects genügen.

Der Revisor muß sich doch wenigstens einige Stunden vorher dem Rechnungsführer ankündigen, damit letzterer Zeit behält, die Papiere, Rechnungen, Bücher u. s. f. zu ordnen und vorzulegen.

Ein treuloser Rechnungsführer hat sich — wie es in der That wohl geschehen ist — auf diesen Fall vorbereitet. Er hat einen guten Freund, von dem er auf kurze Zeit so viel Geld, als der Defect beträgt, leihet. Er zeigt dieses als öffentliches Cassengeld dem Revisor vor; seine Casse wird richtig befunden, und die scharfe Cassen-Controlle ist geschehen.

Ja selbst, wenn der Revisor den Cassen-Vorrath zu sich nehmen sollte, ist der Rechnungsführer noch nicht verloren.

Er bezahlt seinem Freunde das geliehene Geld aus den nächst eingenommenen öffentlichen Geldern zurück, und sein Cassen-Defect bleibt nach wie vor.

III. Zur Lehre vom Faustpfande nach den Vorschriften der Osnabr. Concursordnung.

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Es kommt häufig vor, daß ein Schuldner seinem Gläubiger zur Sicherheit eine Schuldverschreibung über eine ihm zustehende Schuldforderung oder auch einen s. g. Hausbrief oder einen Kaufbrief oder ein sonstiges Erwerbs-Document über ein ihm zugehöriges sonstiges Grundstück aushändigt, wodurch denn ohne Zweifel der Gläubiger

ein Pfandrecht an der Schuldforderung oder dem Grundstücke, worüber das Document ausgefertigt ist, erlangt, weil ja der Zweck der Uebergabe deutlich auf die Absicht einer Pfandbestellung, und zwar an denjenigen Gegenständen, wovon die Documente reden, hinweiset.

In Ansehung der Schuldverschreibungen hat eine solche Pfandbestellung, zufolge der im §. 28. der Osnabr. Concursordn. enthaltenen allgemeinen Vorschrift über das Faustpfand an beweglichen Sachen, noch die besondere Wirkung, daß daraus für den Gläubiger, welchem die Obligation versetzt ist, ein Separationsrecht im Concurse hervorgeht, indem nach der, auch vom K. Oberappellationsgerichte als die richtigere anerkannten, gemeinen Meinung, zu jenen beweglichen Sachen auch die Obligationen gehören. *)

Einige haben geglaubt, daß diese Vorschrift auch auf das durch Aushändigung eines Kaufbriefes über Immobilien bestellte Pfandrecht anwendbar sei, weil ein Kaufbrief eben so wohl, wie eine Schuldverschreibung, eine bewegliche Sache sei.

Allein dieses Argument beruhet auf einer völlig falschen Ansicht von der Natur des Faustpfandes. Das Faustpfand setzt nach bekannten gemeinrechtlichen Grundsätzen und dem deutlichen Inhalte des §. 28. der Concursordn. einen dem Gläubiger übertragenen körperlichen Besitz der verpfändeten Sache voraus. Der Gegenstand dieses Besitzes kann nun zwar bei einer Schuldforderung in nichts anderem bestehen, als in der darüber ausgefertigten Obligation oder Schuldverschreibung, weil die Forderung

---

*) Jurist. Zeitung f. d. K. Hannover, 1827. Hft. 2. S. 74. 1831. Hft. 2. S. 155.

selbst etwas Unkörperliches ist, welches nur durch die Obligation körperlich repräsentirt wird. Bei anderen beweglichen Sachen hingegen, welche unmittelbar körperlich übertragbar sind, kann eben deshalb ein Faustpfand nur durch wirkliche Besitzübertragung der Sache selbst bestellt werden, weil nicht das Erwerbsdocument, sondern die Sache selbst der eigentliche Gegenstand des Pfandvertrags ist, nun aber beim Faustpfande eben die Uebertragung der Sache selbst der Regel des Gesetzes gemäß ist und eine auf der unkörperlichen Natur der Schuldforderungen beruhende Ausnahme nicht ausgedehnt werden darf. Wollte man annehmen, daß ein Faustpfand an einer körperlichen Sache auch durch Aushändigung der darauf sich beziehenden Erwerbsurkunden bestellt werden könnte, so würde man damit die Möglichkeit, eine und dieselbe Sache mehreren Gläubigern zugleich als Faustpfand hinzugeben, anerkennen, mithin eine wahre Absurdität behaupten, indem jeder Besitz, mithin auch das auf körperlichem Besitze beruhende Faustpfand, seiner Natur nach, ausschließlich ist.

Betrifft nun vollends das verpfändete Erwerbsdocument ein Immobile, so kann, schon dieser Immobiliarqualität des Pfandobjects wegen, der §. 28. der Concursordn. auf dasselbe keine Anwendung finden, weil diesem Gesetze zufolge nur das Faustpfand an beweglichen Sachen ein Separationsrecht begründet, der eigentliche Gegenstand des Pfandvertrags bei einem verpfändeten Erwerbsdocumente über ein Immobile aber nicht jenes Document, sondern dieses Immobile ist. Dieses letztere soll, nach der Absicht der Contrahenten, dem Gläubiger zur Sicherheit dienen; die Aushändigung des Documents erscheint bloß als ein Symbol und Stellvertreterin aus-

drücklicher auf die Constituirung eines Pfandrechts an dem Immobile gerichteter Worte.

Diesem gemäß erkannte die K. Justizcanzlei zu Osnabrück in Sachen Steffen c. Lecker gegen Kohring, pto. prioritatis, mittelst Bescheids und Rescripti de emendando v. 14. Oct. 1831, daß, wenn auch die Uebergabe des Kaufbriefes über den von dem dermaligen Cridar angekauften Holzgrund eine stillschweigende Verpfändung dieses Grundstücks zu Gunsten des Kohring involvire, sie dennoch den angekauften Gegenstand nicht zu einem Faustpfande mache und der Forderung des Kohring keinen Vorzug vor den früher constituirten Privat-Hypotheken seiner Gegner gebe, diesen vielmehr wegen ihres höheren Alters unbedingt der Vorrang eingeräumt werden müsse, wenn die von ihnen zu producirenden Originaldocumente mit den bereits producirten Abschriften übereinstimmen würden.

Bücher-Anzeigen.

Commentar zu dem Entwurfe eines Staatsgrundgesetzes für das Königreich Hannover, wie solcher der niedergesetzten Commission von Seiten der landesherrlichen Commissarien zu vorläufiger Berathung vorgelegt worden ist, von Gustav von Struve. Erstes bis viertes Heft. Rinteln, bei Albrecht Osterwald. 1832. 8.

Unter den verschiedenen im Druck erschienenen Beurtheilungen des Grundgesetz-Entwurfes, gebührt der oben angezeigten Schrift unstreitig ein ausgezeichneter Platz. Die Arbeit des Herrn Verfassers erstreckt sich in den oben angezeigten, bis jetzt erschienenen, vier Heften bis

zum fünften Capitel des Entwurfes einschließlich. Von besonderm Interesse sind vornämlich: im 1sten Hefte, die Ansichten des Verfassers über das Verhältniß des Königreiches zum deutschen Bunde, und über die Gefahr, daß durch Annahme des §. 2. Cap. 1. des Entwurfes, die politische Existenz des Königreiches in die Hände des Bundes gelegt werden würde; im 2ten Hefte die Bemerkungen über die im Cap. 2. §. 3. des Entwurfes statuirte alleinige Abhängigkeit der bewaffneten Macht vom Könige und über die Anordnung und Einrichtung einer Regentschaft (zu §. 10 ff.); im 3ten Hefte die Rügen über den Druck eines stehenden Heeres und die Unrechtmäßigkeit und Nichtigkeit der Steuerprivilegien und Exemtionen von der Militairpflicht, (Cap. 3. §. 2.) über die Beschränkung der Glaubensfreiheit und Hausandacht (durch den Beisatz in sofern u. s. w. im §. 7.) über die Gefahr einer Cabinets-Justiz durch die Stattnehmigkeit einer Uebertragung der Untersuchung und Entscheidung von Straffällen auf ein anderes, als das gewöhnliche competente Gericht und über die zu große Unverantwortlichkeit der Verwaltungsbehörden (§. 7 ff.), über die Beschränkungen des Petitionsrechtes (§. 12.) und endlich die vom Verfasser vertheidigte Unterscheidung zwischen den blos factisch und rechtlich bestehenden Bestimmungen des Bundes über die Presse, welche erstere für rechtswidrig und nichtig erklärt werden. Im 4ten Hefte wird die gänzlich verfehlte Richtung und Redaction des Cap. 4. des Entwurfes, über das Gemeindewesen nachgewiesen und hinsichtlich des 5ten Capitels vornämlich über die verderbliche Einmischung der Regierungen in die kirchlichen Verhältnisse geklagt, und die unläugbare große Dürftigkeit und Mangelhaftigkeit der im Ent-

wurfe aufgestellten, zum Theil unnützen, zum Theil auf falschen und irrigen Prämissen beruhenden, in keinem Paragraphen aber ganz tadelfreien Bestimmungen hervorgehoben.

Ueber die öffentliche und ingrossationsfähige Hypothek, mit einigen juristischen und legislativen Seitenblicken. Hannöverisches Recht. Historisch - Dogmatische Abhandlung. Göttingen bey Vandenhoeck und Ruprecht. 1832. 8. (XXXIV und 378 S.)

Der Verfasser dieser, höchst interessanten und allen vaterländischen Juristen nicht genug zu empfehlenden, Abhandlung, der Herr Dr. Karl Reck, Facultäts-Assessor und Beisitzer des Pupillen - Collegii zu Göttingen, hat bereits im Jahre 1830 durch das 1ste Heft seiner Forschungen über das deutsche Hypothekenwesen *), mit großer Freimüthigkeit und Sachkunde, wiewohl damals nur im allgemeinen, auf den krankhaften Zustand unseres Credit- und Hypothekenwesens und auf die dringende Nothwendigkeit einer gründlichen Cur desselben aufmerksam gemacht; in diesem 2ten Hefte, welches eine genaue Analyse und Kritik der bisherigen, von der Praxis befolgten Systeme und der neuesten legislativen Heilversuche enthält, wird die Gefährlichkeit der Krankheit des Patienten, der eigentliche Sitz derselben und die Verkehrtheit des bisherigen ärztlichen Heilverfahrens, mit tief eindringender Gründlichkeit und erfahrenem Scharfblicke im einzelnen nachgewiesen.

Das Resultat des angestellten semiotischen und aetiologischen Examens, welches in der eigenen originellen

---

*) s. Jahrg. V. Hft. 2. S. 189 u. J. VI. H. 1. S. 38. dieser Zeitung.

Manier des Herrn Verfassers am Krankenbette, nach allen Regeln der Kunst und unter sorgfältiger Beachtung der speciellsten Symptome angestellt wird, ergiebt leider, daß sich der Kranke schon im letzten stadio seiner Krankheit befindet, daß diese sehr gefährlich ist und daß das unzweckmäßige Verfahren der bisherigen Aerzte eine üble Prognose ahnden lasse. Aber eine genaue Kenntniß des Uebels, ist die nothwendige Bedingung zur Einschlagung eines gründlichen Heilplanes und so möge denn die Stimme des Herrn Verfassers von den berufenen Aerzten nicht überhört werden, sie tönt wie der Gesang eines bekannten Vogels. Gallus cantans, vigil et pugnax, jacentes excitat, somnolentos increpat, canente spes redit.

Die Jagdgerechtigkeit der Stadt Hildesheim, eine geschichtliche Darstellung des inneren und äußeren Umfangs der Hildesheimschen Stadt- und Bürger-Jagd, aus authentischen, archivalischen Quellen. Mit bisher noch ungedruckten Urkunden und Acten-Stücken. Hildesheim 1832. In der Brandisschen Buchdruckerei und Buchhandlung. 8. 100 S.

Die nächste Veranlassung zur Ausarbeitung dieses kleinen Werkchens, waren dem, unter der Vorrede sich nennenden Verfasser, Herrn Senator G. H. L. Hübotter, zu Hildesheim, die entstandenen Differenzen wegen der streitigen Gränzen in Ansehung der Ausübung der Jagd, welche letztere den Hildesheimer Bürgern im Jahre 1831, nach langer Entbehrung, zurückgegeben ist. Die Zusammenstellung der aufgefundenen zerstreueten Nachrichten über den fraglichen Gegenstand, aus Documenten des städtischen Archivs, und in chronologischer Anordnung, wird aber nicht blos für den Hildesheimer Bürger von

hohem Interesse seyn, sondern auch von den Freunden des vaterländischen Particular-Rechts sehr gern gelesen werden, und auch auswärtigen Germanisten, so wie den Liebhabern des edlen Waidwerkes manche interessante Notizen zu ihrer Belehrung und Unterhaltung liefern, weshalb wir ihnen diese kleine Gelegenheitsschrift recht freundlich empfehlen wollen.

Die Königl. Hannoversche Advocatenordnung. Enthaltend 1) Verordnung über die Prüfung und Anstellung der Advocaten. 2) Verordnung über Prüfung, Anstellung und Beförderung der Rechts-Candidaten. Celle, bei Ernst H. C. Schulze. 1832. 8. 32 S.

Ein bloßer Abdruck der auf dem Titel angedeuteten Verordnungen vom 9ten April 1832 und 22sten Febr. 1825, zur Bequemlichkeit des Gebrauchs hier in Octavform zusammen vereinigt, womit manchem Rechtsgelehrten kein unangenehmer Dienst geleistet seyn mögte.

Erwartungen der evangelisch-protestantischen Christen-Gemeinden im Königr. Hannover, betreffend Gleichstellung mit den römisch-katholischen, durch N. N. N. der heil. Schrift Doctor. Rinteln b. Osterwald. 1832. 8. 62 S.

Insofern die Anerkennung und Feststellung der Rechte der Kirche im Staats-Grundgesetze ein wichtiger Gegenstand sind, wird eine Anzeige dieser Schrift allhier nicht am unrechten Orte erscheinen. Der Vf. zeigt, daß die evang. protestantische Kirche zur Zeit hinter der katholischen bey uns weit zurücksteht, thut Vorschläge zu ihrer Gleichstellung, und verlangt von den Ständen, daß sie das Gut, was derselben nach und nach genommen ist, zurückfordern sollen. Er redet mit Wärme und möge nicht vergebens geredet haben!

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 7. Den 1. October 1832.

Ministerial-Rescript an die Justiz-Canzley zu Osnabrück vom 18ten März 1829, daß der sub № 91 der Untergerichts-Sportel-Ordnung vorkommende Satz von ½ p. Ct. Confirmations-Gebühren keineswegs für die Eintragung in die Hypothekenbücher, sondern nur dann stattfindet, wenn die gerichtliche Bestätigung erforderlich ist, oder verlangt wird.

In Erwiederung auf den Bericht der Herren vom 10. d. M., mittelst dessen Sie Uns die berichtliche Anfrage des Amts Fürstenau über die Anwendung des unter

Ungewißheit bleibt. Dieses war ratio legis, die hier wegfällt, mithin das andere gilt: cessante ratione legis, cessat lex ipsa.

Die zur Zeit der Errichtung des Testaments und zur Zeit des Anfalls der Erbschaft, dem Todestage, lebenden Waysen waren also erbfähig. Wegen der noch nicht gebornen und allen künftigen kann eben so wenig eine Ungewißheit eintreten, auch kömmt ihnen nöthigenfalls die Analogie des Gesetzes de postumis zu Statten, da sie auch embriones sind und postumi werden.

Das neuere Römische Recht selbst giebt durch dieses Gesetz §. 26. 28. J. de legatis und dem andern §. 25. J. ibid., nach welchem ungewisse Personen zu Erben eingesetzt werden können, zu erkennen, daß *jenes alte* Gesetz de persona incerta selbst eine lex incerta, ein unbestimmtes Gesetz sey, das cum grano salis angewendet werden müsse. Es muß ein Unterschied gemacht werden unter bloß ungewissen und notorisch nicht existirenden Personen. Jene Waysen sind aber auch nicht einmal ungewiß. Warum wollen denn nun wir Deutsche, zumal bey veränderten Sitten, Gebräuchen und Verhältnissen, einen Rückschritt machen, Rechts-Spitzfindigkeiten aufsuchen, um aus gewissen Personen ungewisse zu machen? da selbst die römischen Gesetzgeber für uns sind, wenn ja noch etwas dunkel wäre. Hier aber ist es doch wohl klar genug, daß der Testirer den Waysen, nicht aber seinen sonstigen Intestat-Erben, sein Hauptvermögen habe überlassen wollen.

Man kann auch nicht sagen, daß die Waysen nicht Erben seyn könnten, weil sie an der Substanz des Nachlasses keine Rechte erwerben könnten, indem nur die Aufkünfte des Nachlasses zu ihrer temporairen Alimen-

tation dienen sollten. Ich glaube doch, daß sie, oder in ihrem Namen ihre Vormünder und Obervormünder bis zum höchsten hinauf, ein Recht an der Substanz bekommen, wenn gleich ein beschränktes und temporaires, es darf sich kein anderer an dieser Substanz vergreifen.

Ueber den Willen und die Absicht des Testirers kann nun wohl kein Zweifel seyn. Wenn nun aber sonst noch irgend einer vorhanden wäre, wie ich jedoch auch keinen finden kann; so muß der gesetzliche favor testamentorum für die Aufrechthaltung des letzten Willens sprechen, welcher heilig gehalten werden soll. Es soll im Zweifel ein Testament so ausgelegt werden, daß es möglicherweise aufrecht erhalten werden kann. Eine Dunkelheit, selbst einen Widerspruch, hat der Richter, wo möglich, nach billigem Ermessen aufzuklären.

Zum Ueberfluß tritt auch die Observanz hinzu. Außerdem, daß so häufig andere Alimente und Nutznießungen auf keine bestimmtere Weise vermacht werden und unangefochten bleiben, sind ja so häufig die Armen-Cassen zu Erben eingesetzt, ohne, daß die Armen, gegenwärtige und zukünftige, welche doch auch nur die Revenüen des vermachten Vermögens und zum Theil temporair genießen sollen, näher bezeichnet sind. Wenn nach L. 1. §. 1. C. de episc. et cler. der Testator Arme zu Erben eingesetzt hat; so soll, wenn gleich die Kirche, zu welcher die Armen gehören, unbestimmt ausgedrückt ist, dennoch das Testament gültig seyn. Mit den Stipendien hat es eine gleiche Bewandniß. Warum sollen denn nun diese armen Waysen allein verstoßen und Erben angenommen werden, welche, wie es zumal jeder, welcher die Verhältnisse kennt, zugeben wird, der Testator gar nicht hat haben wollen?

Meiner Ansicht nach müssen also die Waysen, nicht aus Billigkeits- sondern aus Rechts-Gründen die Erben seyn.

Der Testator hat noch hinzugefügt:

„Sollte diese Verordnung nur im mindesten von
„den Staatsbehörden (also auch von den Gerichten),
„oder auf andere Weise, geändert oder gar aufge-
„hoben werden; so soll dies Institut ꝛc. der Königl.
„Preußischen Regierung übergeben werden.“

Sollten also unsere jetzigen Gerichte, wider Erwarten, jenes thun; so ist der sonderbare Fall gedenkbar, daß, jener rechtskräftigen Entscheidungen ohngeachtet, die künftigen Waysen des Königlich Preußischen Eichsfeldes die Erben werden.

Auch selbst die Staedelsche Stiftung würde, wenn sie gleich bey weitem nicht so viel für sich hat, als die Blumsche, meiner Ansicht nach, auch stehen geblieben seyn, wenn es zu einer gerichtlichen Entscheidung gekommen wäre.

S. OA. S.

Die Redaction glaubt vielen Lesern einen Gefallen zu erzeigen, wenn sie dasjenige hier abdrucken läßt, was Thibaut über die Einsetzung von Collegien urtheilt, da das Werk, aus welchem sie es entnimmt, nicht in Jedermanns Händen seyn möchte.

„Ueber die Einsetzung der Corporationen, milder Stiftungen und posthumorum ist neuerlich, in Beziehung auf das für Frankfurt gestiftete Städelsche Institut, viel hin und her gestritten. Die Hauptideen aller Theile findet man vollständig in

Elvers, von der testamentarischen Erbfähigkeit. Göttingen 1827.

Mühlenbruch, Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. Halle 1828.

Wenck, Beyträge zur Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles. Leipzig 1828.

Folgendes sind hier die Hauptpunkte:

1) Unsere Praxis hat stets angenommen, daß erlaubte, also bestätigte Corporationen gültig zu Erben eingesetzt werden können, welches denn die Gegner des Städelschen Instituts läugneten. So viel ist gewiß, daß universitates nach alter Strenge nicht eingesetzt werden konnten, außer wenn sie besonders privilegirt waren, wohin auch der Fall gehörte, wenn die Corporation von ihrem libertus eingesetzt war, so wie nach einer Verordnung von Leo, wenn man civitatibus Häuser, Getreide u. dgl. hinterließ.

Ulp. frag. tit. 22. §. 5.

L. 8. 12. Cod. de her. instit. (6, 24.)

Durch L. 1. Cod. de sacros eccles (1, 2.) wurden alle Kirchen erbfähig; wo universitates successionsfähig waren (also nicht immer wie Elvers sagt), da gab ihnen denn auch der praetor bonorum possessio. Zuletzt erließ Justinian eine Verordnung de personis incertis, welche verloren gegangen ist, und nur unbestimmt in

§. 27. J. de leg. (2, 20.)

als correctorisch erwähnt wird. Da sie indeß Justinian in Verbindung mit §. 25. 26. J. eod. bey den personis incertis anführt, da Theophilus ibidem von ihr sagt: constitutio haec omne hoc de incertis personis mirabiliter correxit, und da wir aus den Neugriechen wissen, daß sie auch auf collegia und corpora ging, so hat die Praxis mit gutem Grunde stets angenommen, daß alle bestätigten universitates zu Erben eingesetzt

werden könnten, welche entschiedene Praxis denn schon nach Grundsätzen des Gewohnheits-Rechtes um so mehr Beachtung verdient, da sie hier einen zweifelhaften Punkt fixirt hat.

2) Piae causae, d. h. alle zu religiösen, milden Zwecken, also auch zum gemeinen Besten und zum Unterricht gestiftete Anstalten können schon vielfach nach römischem Rechte eingesetzt werden, und absolut nach canonischem Rechte, welches hier sogar ein privilegirtes Testament gestattete (§. 707). Daß die milde Stiftung zur Zeit des Testamentes oder Todes schon existiren müsse, sagt kein Gesetz, und nirgend wird gefordert, daß der Regent solche Institute bestätigen müsse. Gewöhnlich haben ja auch milde Stiftungen gerade den Zweck, daß sie erst nach des Erblassers Tode ins Leben treten sollen. Man hat sie indeß oft als universitates behandelt, und ganz unter deren Principien gestellt, oder man hat die Commüne, zu der die pia causa gehört, als das eigentliche Rechtssubject behandelt. Allein die Einsetzung einer pia causa ist absolut gestattet, nirgend aber ist gesagt, daß dabey ein anderes Rechtssubject zum Grunde liege, oder daß die, denen dadurch geholfen werden soll, die eigentlichen successores seyen. Das Haschen nach einem sichtbaren Rechtssubject ist hier nur daher entstanden, daß man sich ein Vermögen ohne eine persona subjecta nicht denken konnte. Allein warum sollte der Staat nicht für eine bloße Idee ein Vermögen ausscheiden und schätzen können? Wir haben ja gerade an dem römischen servus poenae ein sehr klares Beispiel dieser Art.

L. 3. pr. de his quae pro non script. (34, 8.). Eben darauf gehen auch im gemeinen Leben die Ideen derer, welche ihr Vermögen zu milden Zwecken bestimmen,

und offenbar hat auch Städel eine solche Idee, indem er eine im Ganzen von der Stadt völlig unabhängige Administration anordnete. Da übrigens seine Disposition auch auf Lehrunterricht und Unterstützung bedürftiger Künstler ging, so war sie gewiß in so fern eine pia causa. In anderer Hinsicht, z. B. in Beziehung auf weltliche Gemälde, war freylich nicht alles pium zu nennen, welches denn die Gegner des Instituts sehr hervorgehoben haben. Allein unsere Gesetze wollen ja, daß man das Kind nicht mit dem Bade verschütte, und daß man ein vermischtes Ganzes lieber ganz erhalten soll, wenn das Auswerfen des Schlechten auch ein Vernichten des Guten zur Folge haben würde.

L. 5. §. 2. de don. int. vir. (24, 1.)
Archiv für civ. Praxis. 9. Bd. 3. Hft. S. 482.

3) Man hat vielfach gegen das Städelsche Institut auch die Lehre von den posthumis angewandt, obgleich hier diese weit hergeholte Analogie dem Institut nicht eben gefährlich war. Denn wenn man mit Rechtsbegriffen spielen will, so kann man auch recht elegant sagen: ein solches Institut ist eine Idee im Kopfe des Testators, und darf mithin vel quasi als embryo tempore testamenti conceptus angesehen werden. Man bedarf hier aber keine Analogie, weil wir über pias causas bestimmte absolute Gesetze haben.

4) Eine Hauptfrage ist noch: können universitates eingesetzt werden, welche erst nach des Testators Tode durch confirmatio ihre Existenz erhalten? Die Kieler und Göttinger läugnen dieß, weil nach §. 796. ein Erbe a tempore testamenti fähig seyn müsse, daher sie auch meinen, der Frankfurter Senat habe durch seine Genehmigung ganz verkehrt die jura quaesita der Städelschen

Intestat Erben zu brechen gesucht. Allein sie übersehen, daß selbst die Römer der benevolentia wegen die alte Subtilität am Ende verließen, und die Einsetzung eines Unfähigen auf den Fall, daß er fähig werde, gestattet haben.

L. 62. pr. de her. inst. (28, 5.)

Wenn nun aber Jemand eine nicht existirende Person auf den Fall, daß sie existent werde, einsetzt, so ist damit klar ausgedrückt, daß ihre Fähigwerdung entscheiden solle, wie Wenck am besten ausgeführt hat. Dem Senat in Frankfurt kann daher auch keine Verletzung eines juris quaesiti vorgeworfen werden, denn Intestat-Erben haben kein jus succedendi, so lange die Bedingung der berufenen Testaments-Erben noch in pendenti ist.

J. R. Braun Erörterungen über die bestrittensten Materien des Röm. R. in Zusätzen zu Thibaut's Pand. System. §. 793. W.

II. Einige Rechtsfälle zur Erläuterung des 4ten Capitels der Osnabr. Eigenthumsordnung, insbesondere 1) die Untüchtigkeit des Anerben zur Erbfolge wegen zu großer Jugend, 2) die Rechte des überlebenden Ehegatten am Colonate, und 3) die Verpflichtung des Letzteren, den großjährigen Anerben aus der Stätte zu elimentiren, betreffend.

(Mitgetheilt vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Im 4ten Ergänzungshefte dieser Zeitung, im ersten Beitrage zur Kenntniß des Osn. Eigenthumsrechts, habe ich auszuführen gesucht, daß, wenn ein eigenbehöriges Erbe durch den Tod der bisherigen Colonen oder auf

andere Weise zur Erbfolge eröffnet ist, dem Gutsherrn, mit Zuziehung der nächsten Angehörigen des gesetzlichen Anerben, das Recht zusteht, diesen wegen seiner zu großen Jugend von der Nachfolge in die Stätte auszuschließen und einem tüchtigen der übrigen Kinder das Colonatrecht zu übertragen; ferner im 2ten Beitrage daselbst, daß, wenn von zweien eigenbehörigen Ehegatten und Wehrfestern der eine auf dem Colonate, welches sie nach Eigenthumsrechte unter sich hatten, mit Tode abgegangen ist, dem überlebenden und im Wittwenstande verbleibenden Ehegatten, ohne Unterschied, ob von ihm oder dem verstorbenen der Hof herkommt, hinsichtlich des fortwährenden Besitzes und Genusses des Colonats völlig dieselben Rechte, welche er bisher in Gemeinschaft mit dem verstorbenen Gatten auszuüben hatte, auch ferner und zwar nunmehr ihm ausschließlich zustehen, und der Anerbe, als welchem durch den Tod des einen seiner Eltern das Colonat noch keineswegs eröffnet worden, auch nach erreichten vogtbaren Jahren nicht berechtigt ist, den überlebenden Ehegatten, seinen leiblichen Vater oder seine Mutter, auf die Leibzucht zu verweisen; — ein Satz, welchen auch das Königl. Oberappellationsgericht zu Celle in den Entscheidungsgründen eines bei einer anderen Veranlassung in diesen Beiträgen (XI. S. 33.) mitgetheilten Erkenntnisses in Sachen der Wittwe Col. **Olding** gegen die Kirche zu Neuenkirchen im Hülsen v. 25. Juni 1822 als richtig anerkannt hat, indem daselbst, in Beziehung auf ein zur Rechtfertigung der aufgestellten Appellations- und Nichtigkeits-Beschwerden gebrauchtes, aus den angeblichen Rechten des Anerben entlehntes, vom höchsten Tribunal jedoch reprobirtes Argument, ausgesprochen wird:

„daß selbst bei einer gegen die Wittwe angestellten Abäußerungsklage, da selbige vermöge der von ihr bedungenen und bezahlten Auffahrt, so lange sie nicht *ad secunda vota* schreitet, als lebenslängliche Wehrfesterin auf dem *praedio* erscheint, es der Anordnung eines curatoris für deren minderjährigen Sohn und Anerben und dessen Vertheidigung gegen eine solche Klage nicht bedurfte, anerwogen dieser dasjenige, was gegen seine leibliche, nicht auf Mahljahre sitzende Mutter erkannt wurde, gegen sich gelten lassen muß."

Neuerdings sind die erwähnten Rechtssätze in einem das Bietendorfsche Colonat betreffenden doppelten Rechtsfalle zur Anwendung gekommen. Da dieser Fall mehrere interessante Seiten darbietet: so glaube ich durch eine gedrängte, jedoch vollständige Mittheilung desselben den geneigten Lesern keinen unwillkommenen Dienst zu erweisen.

§. 1.

Der Colon Joh. Heinr. Bietendorf auf der an das Gut Sutthausen von Staelscher Seits eigenbehörigen Bietendorfs Stätte zu Wellingholthausen starb im J. 1812 und hinterließ eine Wittwe und drei minderjährige Kinder, von denen der jüngste Sohn David Heinrich der Anerbe der Stätte war. In Gemäßheit der damals geltenden französischen Gesetze wurde laut Acts des Friedensgerichts Dissen v. 11. Febr. 1812 unter Zuziehung der nächsten Verwandten der Pupillen von väterlicher und mütterlicher Seite, welche zu einem Familienrath versammelt waren, die Mutter der Kinder als gesetzliche Vormünderin beeidigt und zur Wahl eines Nebenvormundes in der Person des Col. Ebkes geschritten.

Im J. 1813 veranlaßte die Mutter bei dem gedachten Friedensgerichte eine abermalige Versammlung sämmtlicher Verwandten zu einem Familienrathe, welchem sie vorlegte, daß sie ohne außerordentliche Maaßregeln sich und ihre Kinder auf der Stätte gegen ihre andringenden Creditoren nicht länger mehr werde schützen und erhalten können. Auf ihren Antrag und mit Genehmigung des Nebenvormundes faßte daher der Familienrath, laut Protocolls des Friedensgerichts Dissen v. 25. Juni 1813, den Beschluß: daß das Anerbrecht des jüngsten 10 Jahre alten Sohnes auf den ältesten Sohn von 20 Jahren übertragen werden solle, indem auf den Fall dieser Uebertragung der Meyer zu Schlochtern seine Einwilligung zu der beabsichtigten Verheirathung des ältesten Bietendorfschen Sohns Matthias mit seiner Tochter gegeben und Mittel angeboten hatte, um die tief verschuldete Stätte aus dem bisherigen Stillstandsverfahren zu retten. Dem jüngsten Sohne ward für die Abtretung des Anerbrechts eine besondere Erkenntlichkeit neben dem sonstigen Kindestheile und den Alimenten ausgelobt. Die Gutsherrschaft genehmigte laut Dingungs- und Einfestigungsprotocolls vom 10. Nov. 1813. *) den Vergleich

---

*) Diese Urkunde ist folgenden Inhalts:

Heute unter gesetztem dato erschienen dahier in der Stadt Osnabrück vor der in ihrem Hofe daselbst — anwesenden verwittweten Frau Geheim-Räthin von Stahl, gebornen Josephinen von Kleist, zu Gathausen als in vormundschaftlicher Eigenschaft ihrer Kinder Gutsfrau der Bietendorfs Stätte, belegen in der Commüne und Mairie Wellingholthausen, Cantons Melle, Arrondissements Osnabrück, Departements der Ober-Ems, persönlich

1. Johann Caspar Ebkes, Colonus zu Fessendorf — als seiner Angabe nach Mitvormund Bietendorfs für

unter gewissen Voraussetzungen, ließ den Matthias B. und die Clare Marie, des Meyers zu Schlochtern Tochter, zur Auffahrtsdingung zu und übertrug ihnen das Colonat, welches sie von nun an als Wehrfester bewirthschafteten.

---

sich und Namens der Wittwe Col. Maria Elisabeth Bietendorf —,

2. Matthias Bietendorf, Sohn des letztverstorbenen Coloni und der obengesagten Wittwe B.,

3. der Colonus Jürgen Heinrich Meyer zu Schlochtern. — — Sämmtliche Comparenten zeigten an: Es sei mit Zustimmung der Col. B. und seines, des obengenannten Mitvormunds Ebkes und des beim Friedensgericht Dissen deshalb versammelt gewesenen Familienraths den Umständen des Bietendorfschen Hofes angemessen und nöthig gefunden, auch darauf es vom Tribunale bestätigt worden, daß der älteste Sohn, der obengenannte Matthias B. die Stätte annehme und ihm solche mit Vorbeigehung des jüngsten, jetzt 12 Jahr alten Sohns David, als sonst eigentlichen Anerben, abgetreten, und unter Vorbehalt einer dereinstigen billigen Abfindung seiner beiden Brüder — als wirklichem Colono übergeben werde; demzufolge sei Comparent Matthias B. mit der Clare Marie Meyer zu Schlochtern, Tochter des obengenannten miterschienenen Colon Meyer zu Schlochtern, 24 Jahre alt, ehelich versprochen und stehe im Begriff, sie nächstens zu ehelichen, somit seine elterliche Bietendorfs Stätte mit derselben als Wehrfester anzutreten, und wollten Comparentes daher um die gutsherrliche Genehmigung, so wie um Bestimmung der Auffahrt oder des Eintrittsgeldes gebeten haben. Gutsherrlicher Seits ist hierauf, jedoch unter Voraussetzung der Wahrheit des von den Comparenten angezeigten oberwähnten, und daß a dato spätestens in 4 Wochen die desfallsigen Verhandlungen am Friedensgerichte und deren Ratification in authentischer Form der Gutsfrau eingeliefert werde, wozu sich Comparenten auch bereit erklärten — —, genehmigt, und die Auffahrt nach deshalb gepflogener Unterhandlung zu Einhundert und Siebenzig Thaler, wovon auf nächsten Ostern 70 Thaler in grober hiesiger Conv. Mze.,

§. 2.

Im J. 1827 aber erwachte in dem ursprünglichen Anerben die Neigung zur elterlichen Stätte und er erhob deshalb zunächst eine Klage gegen seine auf der Leibzucht

---

die 100 Thaler aber in Pistolen à 5 Thaler auf nächstkommenden Johanni zahlbar, accordirt, belassen und bestimmt, welche der Mitcomparent Colonus Meyer zu Schlochtern sodann baar hier oder auf Suthausen zu bezahlen bei Verband seines Vermögens verspricht.

Hiegegen wird die Bietendorfs Stätte hiemit dem vorgedachten Matthias B. und dessen nächstkünftiger Ehefrau Clare Marie Meyer zu Schlochtern von Gutsherrn wegen als Wehrfester und Colonus mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, zugleich aber auch mit allen Lasten, Beschwerden und Abgaben und vorbehältlich der Leibzucht seiner Mutter, auch Abfindung seiner beiden Geschwister, als wesfalls beim Friedensgerichte Dissen so eins als anderes, wie Comparentes angeben, schon regulirt seyn soll, eingethan und übergeben.

Schließlich werden den Comparenten noch die auf dem Bietendorfschen Praedio haftenden und daraus jährlichs zu leistenden Abgaben und Verpflichtungen an die von Staelsche Gutsherrschaft bekannt gemacht und in folgendem Bestande vorgelesen, nämlich:

Ein Malter sechs Scheffel Roggen } Osnabr. Maaße.
Zwei Malter Gerste }
Sechs Malter Hafer } Grönenb. Maaße.
Noch ein Scheffel Meßhafer, }
Vier Hühner. Vierzig Eier.
Zwei feiste Schweine, jedes 100 Pfund schwer.
Jahr aus, Jahr ein, ein Rind auszufüttern, sonst dafür zwei Thaler.
An Dienstgeld zwei Thaler.
Für die Müller-Wiese Einen Thaler, 1 Schilling Osnabr.
Zwei Personen zum Schwingen und Sibben eine Woche lang, sonst dafür Einen Thaler.
Ein Mann dienet Eine Woche, sonst dafür 18 Mariengr.
Zwei Mäher und zwei Binder, sonst dafür 18 Mariengr.

wohnende Mutter und den Colon Ebker, als seine Vormünder während der Fremdherrschaft, beim Amte Grönenberg, theils auf Vorlegung des Resultats der vormundschaftlichen Verwaltung, theils auf Aushändigung aller auf die Uebertragung des Anerbrechts sich beziehenden Papiere.

Ferner ist Vietendorfs Stätte verpflichtet, die Mühlensteine Behuf der Vietendorfer Mühle von der Weser oder wo es sonsten her erforderlich, abholen zu helfen.

Item jährlich aus der Erpinger Mark zwei Fuder Holz nach gemeldeter V. Mühle zu fahren.

Imgl. jährlichs auf Verlangen den Vietendorfer Mühlenteich flöhen zu helfen.

Auch auf Erfordern einen Hund aufzufuttern.

Und endlich die gutsherrliche Jagd, dabei den Jägern Nachtquartier, und diesen, so wie den Hunden, Essen und Trinken zu geben.

Comparentes erkannten solches für richtig und versprachen einstimmig dessen genaue und ordentliche Leist- und Befolgung aus und von dem Vietendorfschen Praedio.

Es ist dieses hierauf zweimal gleichlautend ausgefertigt, nach geschehener deutlicher Vorlesung und nochmaliger Genehmigung von den Comparenten sowohl, als von der Gutsfrau — eigenhändig unterschrieben, von dieser auch mit ihrem Petschaft bedruckt und sofort hiernach ausgewechselt worden, so daß das eine Exemplar die Frau Geh. Räthin von Stael, das andere aber der Matthias V. zu sich genommen.

So geschehen Osnabrück im ersten Arrondissement des Ober-Ems-Departements am Mittwochen den 10. Nov. 1813.

(L. S.)

Verwittwete von Stael,
geb. Josephine von Kleist.
Johan Caspar Ebkes.
Jürgen Meyer zu Schlochtern.
Johan Mathis Vietendorf.

(Der Beschluß folgt.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 8. Den 15. October 1832.

Bemerkung.

Vom 1. April bis letzten Junius d. J. wurden vom Königl. Oberappellations-Gerichte, nach Maaßgabe des im Druck erschienenen Verzeichnisses, folgende Urtheile und Bescheide abgefaßt und herausgegeben.

Urtheile.

Zwey Stück — Sententia partim condemnatoria partim interlocutoria und Sent. part. confirmat. part. probat. injungens.

Urtheile *in revisionis instantia*, den betref-

fenden Justizcanzleien zur Eröffnung an die Partheien zugesandt.

Eilf Stück.

Bescheide nach eingesehenen Acten voriger Instanzen.

Einhundert und achtzehn, worunter 1 Rescr. ex cap. nullit., 13 Rescr. emendat. et reform., 92 Rejectoria ꝛc.

Uebrige Bescheide.

Zweyhundert und zwey, worunter 18 Rejectoria, 17 Denegatoria ꝛc.

* * *

Sieben Advocaten wurden immatriculirt.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Präjudiz der Justiz-Canzlei und des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle, daß, wenn die Privilegien der Ehefrau wegen ihrer Dotalfoderungen im Concurse ihres Ehemanns mit den Privilegien der Pfandgläubiger ex in rem versione, welche vor Eingehung der Ehe entstanden sind, collidiren, dann nur das Alter der beiderseitigen Forderungen über die Location derselben entscheidet.

In einem bei der Justiz-Canzlei zu Celle anhängigen Concurse ward im Jahre 1829 die Ehefrau wegen ihrer anno 1809 inferirten dos hinter die Pfandgläubiger collocirt, welche im Jahre 1802 zum Ankaufe des im Concurse befangenen Guts Geld hergeliehen hatten, insofern sie noch die in rem versio des Darlehns beweisen würden. Die Ehefrau des Cridars suchte gegen diese Gläu-

diger eine bessere Priorität geltend zu machen, indem sie in ihrer Deductionsschrift behauptete, daß in den betreffenden Stellen des Römischen Rechts, namentlich in L. 12. C. qui potior. in pign. und Nov. 97. cap. 3. der dos ein Privilegium vor allen, selbst vor den privilegirten Pfandgläubigern beigelegt sei. Es entschied darauf die Celler Justiz-Canzlei unterm 24sten Juni 1829 folgendermaaßen:

„Nachdemmahlen die Gesetze nur dann überhaupt der Ehefrau im Conflicte mit den Creditoren ihres Mannes, welche zum Ankauf einer Sache Etwas hergeliehen haben, ein besseres Recht zugestehen, wenn dieses das letzte Privilegium begründende Verhältniß neuer ist als die Eingehung der Ehe, und nur insofern durch die Nov. 97. cap. 3. eine Abänderung der frühern Rechte bewirkt worden ist, sich mithin der im Allgemeinen formirte Anspruch, den sub num. — — — des Prioritäts-Erkenntnisses collocirten Gläubigern vorgesetzt zu werden, um so weniger als begründet darstellt, da nach den von der Liquidantinn aufgestellten Beweis-Artikeln ihre Verehelichung erst anno 1809, mithin lange nach Einziehung der verschiedenen Darlehne erfolgt ist, so steht dem Gesuche nicht zu deferiren; als es mithin bei dem eröffneten Prioritäts-Erkenntnisse sein Bewenden behält, so wird Liquidantinn in die durch diesen unnützen Aufzug verursachten Kosten verurtheilt."

Dies Erkenntniß ward vom Tribunal nach eingesehenen Acten voriger Instanz am 26sten Novbr. 1830 bestätigt.

II. Einige Rechtsfälle zur Erläuterung des 4ten Capitels der Osnabr. Eigenthumsordnung, insbesondere 1) die Untüchtigkeit des Anerben zur Erbfolge wegen zu großer Jugend, 2) die Rechte des überlebenden Ehegatten am Colonate, und 3) die Verpflichtung des Letzteren, den großjährigen Anerben aus der Stätte zu alimentiren, betreffend.

(Mitgetheilt vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

(Beschluß.)

Die Beklagten entgegneten dem Kläger, daß sie sich zu der geforderten Rechnungsablage überall nicht verbunden hielten, als allenfalls von der Zeit des Todes des vorigen Colon Bietendorf an bis zum Abzug der Franzosen und dem Wiedereintritt der alten Verfassung, mit welcher, an die Stelle der nach französischem Rechte angeordneten Vormundschaft, die gutsherrliche Vormundschaft von selbst wieder eingetreten sei; ferner daß Kläger in der angegebenen Zeit durchaus kein Vermögen gehabt habe, worüber eine Rechnungsablage möglich wäre, weil das Colonat damals noch der Mutter gehört habe und dieselbe in deren, nicht aber in Klägers Namen verwaltet worden sei; sonstiges Vermögen der Pupillen, welche die Mutter auf ihre eigenen Kosten erzogen habe, aber gar nicht vorhanden gewesen; und endlich, daß dem Kläger schon Alles vorgelegt sei, was ihm vorgelegt werden könne.

Das Amt Grönenberg ertheilte hierauf am 26. Nov. 1829 zum Bescheide:

„Wenn schon allerdings angenommen werden muß, daß die Vormundschaft, zu welcher die Beklagten während der fremden Usurpations-Zeit bestellt wor-

den, mit dem Aufhören der letztern und dem dadurch erfolgten Wiedereintritt der gutsherrlichen Gerechtsame beendigt gewesen sei, gleichwohl aber die Beklagten für die Zeit, da sie wirklich Vormünder über den Kläger gewesen, demselben vollständige Rechnung abzulegen ebenso verpflichtet sind, als sie ihm die gesammten auf ihre Verwaltung sich beziehende Documente und sonstige Scripturen einzuhändigen haben, — — so sind die Beklagten schuldig, dem Kläger binnen 4 Wochen über die von ihnen bis zur Beendigung der französischen Usurpations-Zeit geführte Vormundschaft und geführte Verwaltung vollständige Rechnung abzulegen und die in Anspruch genommenen Documente einzuhändigen."

Die Beklagten appellirten gegen diese Entscheidung an die Königl. Justizcanzlei zu Osnabrück und beschwerten sich darüber, daß sie

1. von der Zeit ihrer Vormundschaftsführung Rechnung ablegen, und

2. dem Kläger die verlangten Papiere aushändigen sollten.

Zu 2. bezogen sich die Beklagten auf ihre frühere Erklärung.

Die Königl. Justizcanzlei fand auch, nach Einsicht der Acten, diese Beschwerden begründet und erließ daher am 21. April 1830 an das Amt ein Rescriptum de emendando dahin:

„Wenn nun

1) quoad Grav. 1mum die Beklagten zwar zur Rechnungsablage hinsichtlich der von ihnen während der französischen Occupationszeit über den Kläger geführten Vormundschaft im Allgemeinen verpflichtet

sind, diese Rechnungsablage sich jedoch nicht auf die Administration des Bietendorfs Colonats erstrecken kann, weil letzteres damals dem Kläger noch nicht zugefallen, sondern der Mutter desselben noch zuständig war; und ferner von den Beklagten ausdrücklich verabredet worden, daß ein von ihnen zu verwaltendes Pupillarvermögen des Klägers überall vorhanden gewesen, mithin dem Kläger obliegen muß, die Existenz eines solchen Vermögens gehörig darzuthun; sodann

2) quoad Grav. IIdum die Beklagten ebenfalls ausdrücklich geleugnet haben, daß sie im Besitze solcher Documente, auf deren Auslieferung klägerischer Seits fernerweit angetragen worden, und daher Kläger entweder den Beweis eines solchen Besitzes zu führen schuldig oder nur auf die Ableistung des Editionseides zu bestehen berechtiget ist. —

so sind Wir bewogen worden, — — Rescriptum de emendando zu erkennen und geben dem Amte auf, — — unter Wiederaufhebung des decr. a quo dem Kläger — — die Beweise nachzulassen:

1) daß zur Zeit der von den Bekl. geführten Vormundschaft ein zu verwaltendes Pupillarvermögen des Klägers vorhanden gewesen sei, und

2) daß Bekl. sich im Besitze solcher Documente befinde, deren Auslieferung Kläger zu verlangen berechtigt sei;

in Entstehung des 2ten Beweises aber dem Kläger den Antrag auf Ableistung des Editionseides durch die Bekl. vorzubehalten." — —

Gegen dieses Erkenntniß hat zwar der Kläger die Appellation, verbunden mit der Nichtigkeitsbeschwerde,

zur Hand genommen. Allein das Königl. Oberappellationsgericht hat darauf unter dem 25. Nov. 1830 zum Bescheide ertheilt:

„Die eingewandte Appellation betreffend:

Da, wenn auch die gegen die Appellabilität der Sache vorhandenen Zweifel zu beseitigen wären, dennoch

ad Grav. 1. die für den Fall der erheblich befundenen Materialien zugesagte prätorische Restitution, bei dem nachher erlassenen abändernden Rescripte, als tacite ertheilt anzusehen ist;

ad Grav. 2. die vom *Judicio a quo* aufgestellten Grundsätze richtig sind, und dem Imploranten

ad Grav. 3. insofern er ein selbstständiges Editionsgesuch zu verfolgen nicht beabsichtigt, um deshalb keine Beschwerde zugefügt ist, weil, wenn Imploraten demnächst über ein bestimmtes Pupillar-Vermögen Rechnung abzulegen verpflichtet seyn sollten, es sich von selbst versteht, daß neben der Rechnung die erforderlichen Documente, als Belege, beigefügt werden; hiernach auch Grav. 4. sich von selbst erledigt,

eine Nullität aber völlig unerfindlich ist:

so steht dem Suchen nicht zu deferiren."

§. 3.

Während des Laufes dieses Processes stellte der Kläger David Heinrich Bietendorf eine zweite Klage beim Amte Grönenberg an, nämlich gegen seinen Bruder, Matthias Heinrich, den Wehrfester auf Bietendorfs Erbe, indem er die im J. 1812 zu des letzteren Gunsten geschehene Abtretung der Stätte, wodurch ihm als gesetzlichem Anerben sein wohlerworbenes Anerbrecht entzogen werden sollen, als nichtig anfocht, eventualiter

gegen diese während seiner Minderjährigkeit vorgenommene nachtheilige Handlung um die Rechtswohlthat der Restitution nachsuchte, und darauf antrug, daß der Beklagte angehalten werde, ihm das Erbe mit allen Früchten einzuräumen.

Der Beklagte suchte dagegen auszuführen, daß er auf rechtsgültige Weise Wehrfester der Stätte geworden sei und ein Recht habe, dieses zu bleiben, indem er sich theils darauf berief, daß die Abtretung der Stätte an ihn mit Genehmigung der Gutsherrschaft und unter Zuziehung des Familienraths zu einer Zeit geschehen sei, wo der Kläger erst 13 Jahre alt und zur Colonatführung unfähig gewesen, theils darauf, daß nur durch diese Handlung das Colonat vom gänzlichen Ruin habe gerettet werden können.

Diesem auf die Vorschriften der Eig. Ord. Cap. IV. §. 1. 2. gestützten Einwande zu begegnen, berief sich der Kläger zunächst auf die hier angeblich klar zu seinen Gunsten redende Vorschriften des zur Zeit der Abtretung des Colonats gültigen französischen Rechts in Verbindung mit der transitorischen Verordnung vom J. 1814, sodann aber leugnete er auch mit Beziehung auf die Eig. Ord. Cap. IV. §. 20, das Recht der Gutsherrschaft, den minderjährigen Anerben bei der Erbesbesetzung zu übergehen, und stellte es auf jeden Fall in Abrede, daß die Uebertragung des Anerbrechts auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise geschehen, indem er insbesondere anführte, daß das Familienrathsprotocoll keine Beweiskraft habe und der Gutsherr die Auffahrtsdingung nur unter Bedingungen, die nicht in Erfüllung gegangen seien, zugelassen habe; er leugnete endlich auch den angeblichen gänzlichen Verfall der Stätte zur Zeit der Abtretung.

Der Beklagte erwiederte hiergegen, daß zwar die Zustimmung der Mutter und der nächsten Verwandten zu der gutsherrlichen Uebertragung des durch Abtretung der Mutter eröffneten Colonats in die Zeit der Herrschaft der französischen Gesetze falle und in die Form eines Familienrathsbeschlusses gefügt sei, diejenige Handlung aber, worauf hier alles ankomme, nämlich die gutsherrliche Handlung, wodurch dem Beklagten, mit Uebergehung des damaligen Anerben, das Colonat mittelst Auffahrtsdingung übergeben worden sei, in die Zeit der hergestellten rechtmäßigen Regierung falle. Dem Gutsherrn, bemerkt der Bekl., sei, nach einheimischen Rechten, nichts vorgeschrieben, als daß er mit Zuziehung der Eltern und nächsten Verwandten verfahren solle; und dieses sei zufolge des Familienrathsprotocolls geschehen; daß diese Zuziehung der Eltern und Verwandten in die Zeit der französischen Occupation falle, schade nichts, da nirgends verordnet sei, daß der Gutsherr das in der französischen Zeit von Eltern u. s. w. abgegebene Gutachten nicht mehr nach Beendigung dieser Zeit solle berücksichtigen dürfen.

Das Amt gab hierauf am 5. Dec. 1830 zum Bescheide:

„In Erwägung 1. daß die Klage an sich sowohl in jure als in facto begründet erscheint, indem Beklagter es zugesteht, daß Kläger zu der Zeit, da die Abtretung der Stätte geschehen, der jüngste Sohn, somit der Anerbe, gewesen sei;

2. daß indessen der Beklagte dagegen die Einrede vorgebracht hat, es sei ihm nach dem Wiedereintritt der rechtmäßigen Landesregierung und einheimischen Gesetze von der Gutsherrschaft in Gemäßheit des §. 2. im Cap. IV. der Eigenth. O. wegen der damaligen Jugend des Klägers die Stätte überlassen;

3. daß nach dem bemerkten Gesetze der Gutsherr zu einer solchen Ueberlassung wegen Jugend des Anerben zwar bemächtigt, solches jedoch, wie aus einer Verbindung jener Gesetzesstelle mit §. 20. im Cap. IV. der Eig. O. hervorgeht, nur in dem Falle zu verstehen ist, da die Stätte in einem solchen Zustande sich befindet, welcher es nicht zuläßt, mit ihrer definitiven Besetzung bis zur Großjährigkeit des Anerben zu warten;

4. daß der Bekl. auch wirklich behauptet hat, es sei wegen des damaligen Schuldenzustandes der Stätte die bemerkte Ueberlassung derselben nothwendig gewesen;

5. daß somit die Einrede des Bekl. in jure begründet erscheint;

6. daß in Betreff ihrer factischen Begründung aber der Kläger zwar seine Minderjährigkeit zur Zeit der Abtretung der Stätte einräumt, im Uebrigen aber sowohl die Nothwendigkeit der Ueberlassung, als das in Abrede stellt, daß die behauptete Ueberlassung würklich geschehen sei und aus der zugestandenen Dingung der Auffahrt für sich allein genommen jene Ueberlassung nicht mit Nothwendigkeit folgt;

7. daß es im Falle der in angedeuteter Maaße rechtsgültig geschehenen Ueberlassung der Stätte so wenig darauf, ob bei den früher deshalb geschehenen Verhandlungen die Formen des damals noch geltenden französischen Rechts beobachtet seien, ankommt, als eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen stattfinden kann; in Erwägung dieser Momente hat Beklagter binnen 14 Tagen wie Recht darzuthun:

„daß ihm nach dem Wiedereintritte der einheimischen Gesetze die Gutsherrschaft mit Zuziehung der Eltern

und nächsten Anverwandten die Stätte wirklich überlassen habe,

und

daß wegen des damaligen Schuldenzustandes der Stätte eine derartige Verfügung über dieselbe nothwendig gewesen,

wobei ihm der schon angeführten Beweismittel sich mit zu bedienen unbenommen bleibt, und wird sodann unter Vorbehalt des Gegenbeweises oder in dessen Entstehen wegen der Hauptsache, der Früchte und der Kosten ferner ergehen was Rechtens."

Beide Partheien appellirten gegen diese Entscheidung. Der Kläger setzte seine Beschwerde darin: „daß dem Beklagten noch ein Beweis nachgelassen und nicht sofort dem Klagantrage gemäß erkannt sei"; der Beklagte hingegen darin: „daß ihm annoch ein Beweis auferlegt und der Kläger nicht vielmehr mit seiner Klage pure abgewiesen worden sei."

Die K. Justizcanzlei zu Osnabr. erkannte hierauf

I. die Appellation des Klägers anlangend, mittelst Bescheides vom 22. März 1831:

„daß,

da die Eig. Ord. hier allerdings anwendbar erscheint, weil die Uebertragung des Bietendorfschen Colonats auf den Bekl. zur Zeit der Gültigkeit der einheimischen Rechte geschah, nun aber nach dem §. 2. *Cap. IV.* dieses Gesetzes dem Gutsherrn die Befugniß zusteht, den Anerben lediglich und allein wegen seiner Jugend zu präteriren und eines seiner Geschwister zur Dingung zuzulassen, wenn dies nur nach vorgängiger Berathung mit den Eltern, sofern diese

leben, oder von nächsten Verwandten gesche-
hen, beide Requisite hier auch vorliegen, indem der Kläger zu der Zeit, als dem Bekl. das Bietendorfsche Colonat übertragen wurde, erst das 12te Jahr erreicht, und die Berathung mit dem noch lebenden der Eltern und mehreren Verwandten durch die Vorlegung des Familienrathprotocolls als geschehen constirt, die geschehene Auffahrtsdingung aber eine Ueberweisung der Stätte involvirt und das Reservat im Dingungsprotocolle theils als nur die Formen des französischen Rechts betreffend, mit dessen Anwendbarkeit von selbst hinweggefallen, sonst aber in Erfüllung gegangen ist, weil die im Dingungsprotocoll gesetzte 4wöchige Frist längst abgelaufen und die sub conditione resolutiva zugelassene Dingung wirklich erfolgt ist; mithin von einer Verurtheilung des Bekl. dem Antrage der Klage gemäß überall keine Rede seyn kann, die vom Kläger nachgesuchte restitutio in integr. gegen den Ablauf des fatalis introd. et just. wegen Unerheblichkeit der aufgestellten Beschwerde zu versagen ꝛc."

II. Hingegen die Appellation des Bekl. betreffend ward ein Rescriptum de emendando an das Amt Grönenberg am 22. März 1831 erkannt, folgenden Inhalts:

„Wenn nun die Auffahrtsdingung, welche sich als wirklich geschehen durch das darüber aufgenommene in actis combinatis vorfindliche Document ergiebt, den eigentlichen Ueberlassungscontract ausmacht und daher an der geschehenen Uebertragung des B.schen Colonats auf den Appellanten nicht gezweifelt werden kann, die Zuziehung des noch lebenden der Eltern und mehrerer Verwandten bei Behandlung der Frage, ob der Anerbe und unter welchen Bedingungen er präterirt werden solle, durch eben dieses Document als geschehen constatirt wird, indem es die Vorlegung des Familienrathprotocolls relatirt und der Kläger mehrfach die Genehmigung der Uebertragung der B.schen Stätte auf den Bekl. durch den Familienrath klar und unumwunden eingestanden hat, nun aber zur Präterition des Anerben nach der deutlichen Bestimmung des §. 2. *Cap.* 4. der Eig. Ord. die hier in confesso beruhende Jugend zur Zeit, wo die Stätte abgegeben und auf den Bekl. übertragen worden, einen genügenden Grund abgiebt, und unter allen diesen Umständen

der Bekl. nicht mehr mit den ihm injungirten Beweisen zu belästigen war:

So haben Wir Uns bewogen gefunden, — Rescriptum de emendo zu erkennen, demgemäß Wir dem judicio a quo aufgeben, nach beschrittener Rechtskraft dieses, unter Aufhebung der beschwerenden Verfügung, den Kläger mit der erhobenen Klage, unter Verurtheilung in die ergangenen Kosten, ab- und zur Ruhe zu verweisen."

Der Kläger appellirte zwar gegen dieses decretum rejectorium und rescriptum de emendando. Das Kgl. Oberappellationsgericht erließ jedoch unterm 19. Juni 1832 folgenden bestätigenden Bescheid:

„Da nach jetziger Lage des Rechtsstreits nur das vaterländische Recht bey Entscheidung des letzteren zur Norm dienen kann, und dann, auf den Grund der Osnabrückschen Eigenthums-Ordn. Cap. IV. §. 2. es sich nicht bezweifeln läßt, daß der Gutsherr die zur Besetzung eröffnete Stätte, dem, seiner Jugend wegen, zur Annahme untüchtigen Anerben entziehen und dem älteren Bruder um so gewisser übertragen konnte, als aus dem am 25. Juni 1813 aufgenommenen Familienrathsbeschlusse nicht nur hervorgeht, daß die Mutter der streitenden Theile, der Nebenvormund und die übrigen zugezogenen Verwandten, die Uebertragung des Anerbenrechts von dem Imploranten auf den Imploraten völlig angemessen hielten, sondern auch, daß die Stätte, wenn dieser Ausweg nicht getroffen, schwerlich der Familie zu erhalten gewesen wäre, dadurch also sogar ein Casus necessitatis — insofern es darauf ankommen könnte — mindestens höchst wahrscheinlich gemacht ist, sonach also der Implorat und dessen damalige Braut am 10. Nov. 1813 von der Gutsherrschaft der Bietendorffs Stätte mit Beistande Rechtens als Wehrfester angenommen und zur Dingung zugelassen sind; hierbey auch die in der Urkunde v. 10. Nov. 1813 von der Gutsherrschaft gemachte Bedingung, daß binnen 4 Wochen die fraglichen friedensgerichtlichen Verhandlungen und deren Ratification von Seiten des derzeitigen Civil-Tribunals, in authentischer Form eingeliefert würden, — überall nicht in Betracht kömmt, theils weil nicht die Formen des fremden, sondern nur die Bestimmungen des vaterländischen Rechts zum Grunde zu

legen sind, theils aber auch, weil nur der Gutsherrschaft aus jenem Vorbehalte oder dem vom Imploranten ferner gerügten Umstande, daß Implorat derozeit auch noch minorenn gewesen sei, ein Recht hätte erwachsen können, welches jedoch factisch unlängst aufgegeben ist: so steht dem angebrachten Suchen nicht Statt zu geben."

§. 4.

Ein ferneres Präjudiz hinsichtlich des oben erwähnten zweiten Satzes enthält das nachfolgende durch seine Entscheidungsgründe den betreffenden Rechtsfall genügend vor Augen legende, in allen Instanzen bestätigte Erkenntniß des Amts Wittlage-Hunteburg, in welchem zugleich ausgesprochen ist, daß der überlebende Ehegatte, sei es die Mutter oder der Vater des Anerben, nicht einmal dazu verpflichtet ist, dem Anerben, auch wenn dieser bereits zu seinen vogtbaren Jahren gekommen und mit gutsherrlicher Bewilligung zur Ehe geschritten ist, die Leibzucht einstweilen einzuräumen oder auf andere Weise aus dem Colonate oder aus sonstigen dem Wehrfester zu Gebote stehenden Mitteln die erforderlichen Subsistenzmittel zu verschaffen, insofern derselbe auf irgend eine Art sich selbst zu ernähren im Stande ist, mithin die sonst allerdings eintretende gemeinrechtliche Verpflichtung der Eltern, Kindern die Alimente zu geben (Thibaut, Pandektensyst. Th. 1. §. 350.), hinwegfällt. Dieses Erkenntniß weiset ferner darauf hin, daß es auch keinen Unterschied macht, ob der Anerbe selbst zur Erlangung des Colonats oder einer Sustentation aus demselben gegen den Hofbesitzer auftritt, oder ob der Gutsherr auf Räumung des Colonats zu Gunsten des von ihm zur Auffahrtsdingung zugelassenen Anerben, oder auf einstweilige Abtretung der Leibzucht an denselben Klage erhebt, indem ja die Rechte des überlebenden Ehegatten an der Stätte, so lange als er derselben im Wittwenstande vorstehen kann und will, unabhängig von der gutsherrlichen Einwirkung feststehen.

Urtheil.

In Sachen des Domcapitularen Freiherrn von dem Busche-Streithorst, Imploranten, wider die verwittwete Colona Bretholb zu Bohmte, Imploratin, in pto. Colonaträumung, wird — — den Acten gemäß für Recht erkannt:

Da 1) der Implorant nach Maaßgabe seiner Klage vom 10/12. Mai 1828 darauf angetragen hat, daß die Imploratin angehalten werden solle, die Leibzucht zu beziehen und dem von ihm erwählten Anerben ihr Colonat zu räumen, nachher aber diesen Antrag insofern umgeändert, daß er die Einräumung der Leibzucht für den von ihm designirten Anerben und dessen mit seiner Zustimmung angeheiratheten Ehefrau verlangt, und zur Begründung des einen oder andern Antrages anführt:

a. daß die Imploratin eine schlechte Wirthschaft führe und die Stätte mit Schulden belaste, und

b. nach dem bestätigten Gutachten vom Jahre 1772 folgeweise schuldig sey, dem erwählten Anerben und dessen Ehefrau die erforderlichen Subsistenzmittel zu verschaffen;

nun aber 2) die Imploratin das eine, wie das andere leugnet und weigert, und, — in Betracht, daß sie

a. durch die Bezahlung der Auffahrt für die Dauer ihres Lebens, wenigstens für den Zeitraum von 105 Jahren ein Colonatrecht an das dem Imploranten eigenbehörige Bretholds Colonat erworben hat;

b. daß ihr keine bestimmte Mahljahre gesetzt werden; daß

c. der Implorant, nach seinem ursprünglichen und selbst nachherigen Klagantrage zu ermessen, auf förmliche Abäußerung nicht geklagt hat, da der Imploratin dann selbst nicht einmal die Leibzucht hätte gestattet werden dürfen; daß

d. selbst, wenn die förmliche Abäußerungsklage auch angestellt wäre, der noch unerwiesene Vorwurf der schlechten Wirthschaftsführung, in Erwägung daß er nach Grundlage der Eigenthums-Ordnung Cap. XVIII. an sich zu allgemein gestellt ist und nach Grundlage des mildernden Rescripts vom 30sten Mai 1729 mit Hinsicht auf das von der Imploratin am 6ten Juni 1828 beigebrachte, vom Gegner nicht widerlegte vortheilhafte Attest ihrer Colonatführung keine Berücksichtigung verdienen würde; endlich

e. der Umstand, daß der Implorant dem von ihm, ohne Zustimmung der Imploratin erwählten An-

erben das Heirathen gestattet hat, der Imploratin keinesweges die Verpflichtung auferlegt, diesem und seiner Frau die Leibzucht einzuräumen, da sie ihr Kind nur dann, wenn es seinen Unterhalt sich selbst nicht erwerben kann, den erforderlichen Unterhalt nach ihrem Vermögen und ihrer Wahl zu verschaffen braucht, ein solcher Fall hier aber nicht vorliegt, da der erwählte Anerbe nach Angabe des Imploranten zur Colonatführung tüchtig, mithin auch arbeitsfähig ist, und daher seinen Unterhalt sich selbst verschaffen kann, — nicht schuldig ist, das Colonat zu räumen und die Leibzucht zu beziehen, oder dem erwählten Anerben die Leibzucht zu überlassen; sodann

3) die Anträge des Imploranten, so weit sie die Bestimmung eines Anerben betreffen, zum besonderen Verfahren gehören:

so wird Implorant mit seiner am 10. Mai 1828 erhobenen unstatthaften Klage ab= und zur Ruhe, mit seinen die Bestimmung eines Anerben betreffenden Anträgen aber zum besondern Verfahren verwiesen, inzwischen aber schuldig erkannt, der Imploratin die Unkosten dieses Processes, nach vorgängiger Specification und so weit nöthig, richterlicher Festsetzung, zu erstatten.

Dtum. Wittlage, den 11. Februar 1829.

Königl. Großbr. Hannov. Amt Wittlage=Hunteburg.

Anmerkung.

Auf die gegen den vorstehenden Amtsbescheid von Seiten des Klägers zur Hand genommene Appellation erkannte die K. Justizcanzlei, nach Einsicht der Acten 1ster Instanz, unterm 2. Juni 1829:

daß der eingelegten Appellation wegen Unerheblichkeit der Beschwerden keine Statt zu geben sei.

Das K. Oberappellationsgericht endlich ertheilte auf des Klägers fernere Appellation am 15. December 1829 zum Bescheide:

daß, wegen völliger Unerheblichkeit der aufgestellten Beschwerden, dem Suchen nicht Statt zu geben sei.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 9. Den 1. November 1832.

Uebersicht

der vaterländischen Gesetzgebung des Jahrs 1831 bis 1832, insoweit dieselbe das Justizwesen betrifft.

(Vergl. den vorigen Jahrgang dieser Zeitung Heft 2, S. 81.)

I.

Auf das Privatrecht beziehen sich unter den allgemeinen Verordnungen, und zwar auf das Bauernrecht, die wichtige Verordnung über Ablösung der grund- und gutsherrlichen Rechte und Regulirung der bäuerlichen Verhältnisse, vom 10ten November. Zufolge dieses Landes-Gesetzes hat inskünftige jeder Besitzer von Grund-

stücken, die in einem Meier-, Eigenbehörigkeits-, Meierdings-, Hägerdings- oder ähnlichen gutsherrlichen Verbande stehen, oder mit Zinsen, Zehnten, Diensten oder sonstigen Real-Lasten behaftet sind, das Recht, seine Grundstücke durch Ablösung oder Verwandlung nach den aufgestellten Grundsätzen davon zu befreien, sofern ihm ein erbliches Recht an denselben zusteht. Auch sind die Erbenzins- und Erbpachts-Verhältnisse, so wie endlich diejenigen Abgaben ablösbar, welche von lehnbaren Grundstücken dem Lehnsherrn alljährlich entrichtet werden müssen. Die Erlassung einer vollständigen Ablösungs-Ordnung, so wie die Bestimmung, ob und in wie weit die Verordnung auf die Verhältnisse des Harzes Anwendung finden solle, ist jedoch noch vorbehalten. (Gesetzs. Abth. I. 43. № 55. S. 209.)

Bezug auf das Depositenwesen und die Lehre vom Schadensersatz hat die Declaration des §. 16 der Ver. v. 16/29. Nov. 1737 und resp. 31sten August 1798, das Depositenwesen bei den Gerichten betreffend, vom 16ten Juny, wornach die Verantwortlichkeit der Pupillen-Collegien, in den Fällen, wo eine zinstragende Ausleihung von deponirten Geldern an ein, für die einzelnen Provinzen des Königreiches genehmigtes Credit-Institut, von dem betreffenden Concurs-Curator oder gemeinschaftlichen Anwalde der Gläubiger in Antrag gebracht, und von dem Collegio, nach vorgängiger sachgemäßer Prüfung, einstimmig genehmigt, darnach aber die Ausleihung vorgenommen wird, hinkünftig wegfallen soll. (Gesetzs. Abth. I. 1. № 25. S. 86.)

Particuläres Interesse haben: 1) in Bezug auf das Personen-Recht (Juden) eine Bekanntmachung der Landdrostei zu Stade, vom 13ten April, die Wechsel-

lung israelitischer Vorsteher betreffend, (Gesetzs. Abth. III. 4. № 15. S. 28.) die Instruction für den Landrabiner, sammt Gebühren- und Accidentien-Bestimmung für denselben von der Landdrostei zu Hannover, resp. v. 25ten April (Gesetzs. Abth. III. 4. № 16. S. 32.) und 20sten May (Gesetzs. Abth. III. 5. № 24. S. 116.) und (Eherecht) ein Ausschreiben des Consistorii zu Stade vom 24sten November, die Ausdehnung dessen Dispensations-Befugnisse auf Fälle einer nahen Verwandschaft und Bestimmung einer kürzern Trauerzeit (für den Wittwer von 6 Wochen, und für die Wittwe, wenn sie glaubhaft bescheinigt, daß sie nicht schwanger sey, von 6 Monaten, vom Todestage des Ehegatten) betreffend. (Gesetzs. Abth. III. 11. № 129. S. 249.); 2) auf die Lehre von Vergütung der Meliorationen, die Verordnung über die Schätzung der Pfarrmeliorationente bey Versetzungen und Sterbefällen der Prediger in den Herzogthümern Bremen und Verden, vom 13ten May (Gesetzs. Abth. III. 5. № 20. S. 84.), wie denn auch unter dem nämlichen dato eine andere Verordnung 3) das Gnadenjahr der Wittwen und Descendenten dieser Prediger regulirt (Gesetzs. Abth. III. 5. № 21. S. 96.); 4) auf das Hypothekenrecht bezieht sich ein Ausschreiben des Hannövrischen Consistorii vom 24sten März, an die Kirchen-Commissarien, das bei Concursen der Gläubiger angenommene Absonderungsrecht aus den piis corporibus zustehenden hypothekarischen Forderungen betreffend (Sicherungsmaaßregeln, veranlaßt durch die Ver. v. 21sten Nov. 1830) (Gesetzs. Abth. III. 4. № 13. S. 25.) Endlich 5) auf das Forderungsrecht das Reglement für das Leihhaus und die Spaarkasse der Stadt Hildesheim vom 4ten August (Gesetzs. Abth. III. 10. № 98. S. 197.)

XI.

Das Proceßrecht und zwar A) die Gerichtsverfassung betreffend: 1) die Verordnung vom 19ten Sept., wodurch das Königl. Hofgericht für die Herzogthümer Bremen und Verden aufgehoben ist und dessen Functionen auf die K. Justizcanzley in Stade übertragen sind (Gesetzs. Abth. III. 37. № 48. S. 173.); 2) die Ver. vom 24sten Januar, wodurch die gemischte Gerichtsbarkeit in der Stadt Verden aufgehoben wird (Gesetzs. Abth. III. 1. № 2. S. 8.); 3) das Verfassungs- und Verwaltungs-Reglement für die Universitätsstadt Göttingen vom 8ten April (Gesetzs. Abth. III. 5. № 19. S. 39.), (vom Stadtgerichte daselbst handeln §. §. 44 — 48.); 4) Bekanntmachung der K. Landdrostey zu Hannover, vom 24sten Juny, daß die dem Stifte St. Bonifacii zu Hameln bisher zugestandene Gerichtsbarkeit (über 16 Häuser) und Policeygewalt resp. dem Stadtgerichte und dem Magistrate zu Hameln, per modum commissionis auf unbestimmte Zeit, vom 1sten Aug. 1831 an, übertragen worden sey (Gesetzs. Abth. III. 6. № 42. S. 136.); 5) die Vereinigung des Klosteramts Höckelheim mit dem Stiftsamte Nordheim vom 20sten Juny (Gesetzs. Abth. I. 21. № 26. S. 88.); 6) die Vereinigung des Amtes Stotel-Wieland (Herzogth. Bremen) mit dem Gerichte Lehe und Verlegung der Dorfschaft Holte an das Amt Hagen, vom 24sten Mai (Gesetzs. Abth. I. 17. № 19. S. 73.); 7) die Vereinigung der Aemter Schladen und Wienenburg unter der Benennung Amt Wöltingerode, vom 24sten Mai (Gesetzs. Abth. I. 17. № 20. S. 74.); 8) die Bekanntmachung, daß dem Gerichte Leineberg die Benennung Amt Göttingen beigelegt worden, vom 24sten Dec. (Gesetzs. Abth. I. 47. № 60. S. 249.); 9) das

Patent, den Vertrag mit dem Herzogthume Braunschweig, die Einführung der Hannoverschen indirecten Abgaben in verschiedenen Herzogl. Braunschweigschen Landesthei=len und Communion=Besitzungen betreffend, vom 19ten Dec., insofern dasselbe (cf. §. 13 ff.) die für die gericht=lichen Untersuchungen und Entscheidungen der Contra=ventionen, in erster und weiterer Instanz competenten Gerichte bestimmt. (Gesetzs. Abth. I. 46. № 59. S. 231.) B) Das *Forum* der Partheien betrifft: Eine Verord=nung vom 16ten Januar, wodurch der persönliche Ge=richtsstand des Ober=Kirchenrathes, und der reformirten Geistlichen in der Grafschaft Bentheim bestimmt wird. Ihr zufolge sind canzleisäßig und zwar der J. C. zu Osnabrück untergeben die Mitglieder des Ober=Kirchen=raths, und der dabei angestellte Actuar und Rentmeister, nebst Ehefrauen und Hauskindern; der standesherrlichen Justizcanzlei unterworfen sind: die reformirten Prediger und Mitglieder der Nieder=Consistorien nebst Frauen und Hauskindern, — den standesherrlichen Aemtern da=gegen competirt die Gerichtsbarkeit über die candidati theologiae, Rectoren, Lehrer an Stadt= und Landschulen, den clerus minor und auch über die Dienstboten der Mitglieder des Ober=Kirchenrathes, der reformirten Pre=diger und der Mitglieder der Nieder=Consistorien. (Gesetzs. Abth. I. 1. № 1. S. 1.) C) Auf die Lehre von Neben=personen beziehen sich: 1) Ein Ausschreiben der Justiz=canzley zu Osnabrück vom 13ten Sept., die nöthige Sorgfalt bey Aufnahme öffentlicher Documente durch die Notarien betreffend (die Identität der Partheien soll ge=hörig ermittelt werden). (Gesetzs. Abth. III. 9. № 86. S. 182.) 2) Eine Bekanntmachung der Justizcanzley zu Aurich, die Berechnung und Festsetzung der Meilengelder

der Amts-Unterbediente betreffend vom 19ten Oct. (Gesetzs. Abth. III. 11. № 117. S. 237.) D) Einfluß auf das Verfahren selbst haben: 1) das schon oben sub A. 9. erwähnte Patent vom 19ten Dec., insoweit es auch das bei den betreffenden Contraventionen zu beobachtende Verfahren regulirt; 2) Zwey Verordnungen vom 23sten Juny und 27sten Dec., wodurch die Einführung der neuen Proceß-Ordnung für die Untergerichte und der Sporteltaxe von 1827, in Ansehung des Alten-Landes, Landes Kehdingen und Landes Hadeln resp. bis zum 1sten Jan. 1832 und zuletzt auf unbestimmte Zeit, bis zu den baldthunlichst bekannt zu machenden Terminen suspendirt wird (Gesetzs. Abth. III. 6. № 41. S. 135. u. Abth. III. 12. № 143. S. 264.); 3) Ein Gemeiner Bescheid des K. Oberappellationsgerichts zu Celle, vom 17ten October, daß künftig bei der Einführung einer Appellation oder Querel bei diesem Gerichtshofe, angezeigt werden soll, ob in eben derselben Sache, bereits an besagtes Collegium appellirt oder querulirt gewesen (Gesetzs. Abth. I. 40. № 51. S. 191.); 4) Ein Gemeiner Bescheid des Oberappellations-Gerichts vom 17ten Oct., wodurch die Sachwälte erinnert werden, bei den in revisorio aus Ostfriesland und der Niedergrafschaft Lingen bei demselben zur Entscheidung kommenden Sachen, die in der allgemeinen Preußischen Gerichts-Ordnung Th. 1. Tit. 15. §. 5. enthaltene Vorschrift genau zu befolgen (Gesetzs. Abth. III. 10. № 104. S. 222.); 5) Eine Verordnung über Gegenstände der Rechtspflege auf den Fall des Ausbruches der Cholera vom 1sten October (Gesetzs. Abth. I. 36. № 47. S. 169.); Endlich 6) die bereits oben (sub № I. der allgemeinen Verordnungen) erwähnte Declaration vom 16ten Juny, insofern selbige

auch in Bezug auf das Concursverfahren die Verfügung enthält, daß dafern der Concurs-Curator oder Creditoren-Anwald bei den in Antrag gebrachten Ausleihungen, nicht etwa sofort bei seinem Gesuche bescheinigt, daß von Seiten der vorzüglichsten und insbesondere der am nächsten zur Zahlung stehenden Gläubiger, oder von den Anwälden derselben die Ausleihung genehmigt worden, sodann jeden-falls ein präjudicieller Termin anzuberahmen und den Gläubigern nachzulassen sey, ihren etwaigen Widerspruch im gedachten Termine vorzubringen, daß es jedoch der Ansetzung eines solchen Termins oder der Bescheinigung einer speciellen Genehmigung von Seiten der Gläubiger dann nicht bedürfe, falls der Concurs-Curator oder der gemeinschaftliche Anwald der Gläubiger von den letztern selbst bevollmächtigt worden, die zur Concursmasse gehörigen und im Deposito befindlichen Gelder an eines der genehmigten Credit-Institute auszuleihen.

III.

Auf das Criminalrecht und den Criminalproceß beziehen sich, von den im Jahre 1831 emanirten Verordnungen bloß: die Verordnung vom 10ten September über Bestrafung der Vergehen, gegen die zur Abwendung der Cholera erlassenen Vorschriften (Gesetzs. Abth. I. 33. № 44. p. 155.) und die Ver. vom 25sten April, wodurch die von der deutschen Bundesversammlung am 10ten Februar 1831 abgeschlossene allgemeine Cartell-Convention im hiesigen Königreiche publicirt ist. (Gesetzs. Abth. I. 12. № 13. S. 43.)

Abhandlungen und Rechtsfälle.

Kann nach Osnabrückischem Rechte der Gutsherr von seinem Eigenbehörigen Statt des bisher entrichteten Dienstgeldes Natural-Dienste fordern? *)

Nebst Bemerkungen über die Beweiskraft der Landesvermessungs- und Prästationsregister.

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

Nach den Vorschriften der Osnabr. Eig.-Ordnung leidet es keinen gegründeten Zweifel, daß die bisherige Bezahlung eines Geldaequivalents für den schuldigen Naturaldienst an und für sich den Eigenbehörigen nicht von der Verpflichtung befreiet, auf Erfordern des Gutsherrn wiederum Statt des Dienstgeldes den ursprünglichen Dienst zu leisten und daß er in einem solchen Falle selbst mit der unvordenklichen Verjährung sich nicht zu schützen vermag, insofern nur die ursprüngliche Naturaldienstpflicht unbestritten oder erwiesen ist. Denn alsdann muß die ursprüngliche Dienstpflicht so lange als fortdauernd betrachtet werden, als nicht der Eigenbehörige einen Rechts-

*) Anm. Dieses Gegenstandes ist zwar schon im 12ten Ergänz. Hefte zur Jurist. Zeitung Erwähnung geschehen. Weil jedoch derselbe von großer Wichtigkeit ist und bei den künftigen Ablösungen vielleicht häufig zur Sprache kommen wird: so habe ich es um so weniger für überflüssig gehalten, die darüber nur zerstreuet mitgetheilten Bemerkungen zur besseren Uebersicht hier nochmals zusammenzustellen, da mir dieses Gelegenheit gegeben hat, die Mittheilungen eines Freundes darüber zu benutzen. D. Vf.

grund, vermöge dessen dieselbe in eine Dienstgeldprästation verwandelt worden ist, nachzuweisen im Stande ist. Die bloße Annahme eines Geldaequivalents Statt der Dienste, auch wenn sie seit undenklicher Zeit Statt gefunden hat, enthält an und für sich einen solchen Rechtsgrund nicht. *)

Ganz anders aber stellt sich die Sache dar, wenn der Eigenbehörige, welcher bisher unter dem Namen eines Dienstgeldes eine gewisse Geldprästation entrichtet hat und nun, Statt deren, den Naturaldienst leisten soll, es in Abrede stellt, jemals zu Naturaldiensten verpflichtet gewesen zu seyn. Denn so lange nicht die ursprüngliche Naturaldienstpflicht gewiß ist, kann auch von keiner Fortdauer derselben, von keiner Rückkehr des Gutsherrn zu derselben die Rede seyn. Dieses liegt so sehr in der Natur der Sache, daß ein Streit darüber gar nicht einmal denkbar ist, wie denn auch alle Schriftsteller, welche bei Reallasten den Grundsatz aufstellen, daß die Leistung eines Geldaequivalents für dieselben das Zurückgehen auf den ursprünglichen Gegenstand nicht ausschließe; es als sich von selbst verstehend annehmen, daß der ursprüngliche Gegenstand gewiß ist. **) Daher muß, wo dieser zweifelhaft ist, zuvörderst der Berechtigte den Beweis darüber führen. Auch dieses muß nach den anerkanntesten Regeln von der Beweislast im Allgemeinen als ausgemachte Wahrheit angesehen werden. Wenn

---

*) Eig. Ordn. Cap. XIII. §. 2. Cap. X. §. 2.
Vgl. das angef. Erg. Heft. S. 23. Anm. 21.

**) Vgl. z. B. Runde, Grundf. des deutschen Privatr. §. 501. Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. §. 167 a. E. Spangenberg zu Struben Bd. 1. Bed. 251 in d. Anm. u. Bülow und Hagemann, Bd. 1. Erört. 39. [Jur. Zeitung Jahrg. IV. Heft 1. S. 66 u. 84.]

demohngeachtet die aufgestellte Frage zu den streitigen gehört: so drehet sich der Streit eigentlich nur um die Frage: ob die einheimischen Gesetze oder die eigenthümliche Natur des Dienstgeldes nicht den Gutsherrn, welcher Statt Dienstgeldes Naturaldienste fordert, des Beweises der ursprünglichen Dienstpflicht überheben?

Was zuvörderst die einheimische Gesetzgebung betrifft, so muß man den Rechtszustand vor und nach der Eigenthumsordnung und wiederum während des ersteren Zeitraums den Zustand vor und nach der Verordnung vom Jahr 1660 unterscheiden.

Das älteste dieses Gegenstandes wegen erlassene Gesetz, das Edikt vom J. 1584,*) dessen Hauptzweck dahin geht, dem Gutsherrn eine Verwandlung der damals ihm oft wenig nutzbaren Dienste in ein ihm convenableres Dienstgeld zu gestatten, bezieht sich am Schlusse, wo von der Naturaldienstleistung Statt Dienstgeldes die Rede ist, ganz unzweideutig nur auf den Fall, wenn der Gutsherr, welcher ursprünglich Dienste zu fordern hatte, sich aber Statt derselben eine Zeitlang Geld hat bezahlen lassen, späterhin zu den vorigen Diensten zurückkehren will.

Auch der Landtagsabschied vom Jahre 1618**) kann, seinem ganzen Zusammenhange nach und mit Rücksicht auf die ihm zum Grunde liegende landesfürstliche Proposition, nur von einem solchen Falle ausgemachter ursprünglicher Dienstpflicht verstanden werden, wenngleich die Worte einer anderen Deutung fähig seyn möchten.***)

*) C. C. Osn. Th. 2. B. 1. S. 20.

**) C. C. Osn. Th. 1. B. 2. S. 1115.

***) S. das angef. Erg. Heft. S. 16.

Ganz andere Grundsätze führte aber die auf die wiederholten Anträge der vorsitzenden Stände vom Bischof Franz Wilhelm am 29. April 1666 in der Form einer Declaration des Abschiedes vom Jahre 1648 erlassene Verordnung ein, indem sie nicht nur im Allgemeinen alle Eigenbehörigen, welche bisher Dienstgeld gegeben, ohne Unterschied verpflichtete, auf Verlangen der Gutsherrn in natura zu dienen, sondern sogar das Maaß der zu leistenden Dienste dahin festsetzte, daß alle Eigenbehörige, welche Dienstgeld geben, es sei viel oder wenig, wöchentlich, und zwar die Voll- und Halberben mit dem Spanne, die Kötter mit der Hand dienen sollten.*) Also stand es nun in der Wahl der Gutsherrn, Dienstgelder, welche sie in Gemäßheit des Edikts vom Jahre 1584 Statt noch so geringer Naturaldienste den Eigenbehörigen aufgedrungen hatten, jetzt in Gemäßheit der Verordnung vom Jahre 1666 in einen Wochendienst zu verwandeln. Die schreiende Ungerechtigkeit eines solchen Gesetzes ist augenfällig. Dennoch blieb dasselbe, wenngleich über seine Anwendung bei den Gerichten häufige Weiterungen entstanden, wenigstens der Form nach, über 50 Jahre in Kraft. Am heftigsten ward dasselbe, soviel bekannt ist, mit Grundsätzen des Rechts und der christlichen Religion in einem damals auch im Drucke erschienenen Gutachten **) angegriffen.

Der Bischof Ernst August II., welcher die Ungerechtigkeit und Gemeinschädlichkeit des Gesetzes tief empfand und in der Landtagsproposition vom 15. Nov. 1718 ***)

*) C. C. Osn. Th. 1. B. 2. S. 1115.

**) Wiederum abgedruckt im Nachtrage z. d. Osnabr. Eigenthumsrechte (Osnabr. 1805) S. 9. in der Anmerk. bis S. 13.

***) Erg. Heft a. a. O. S. 40.

sich laut darüber aussprach, war auf deßfallsige Abänderung ernstlich bedacht, und er hat sich durch die im Jahre 1722 nach vorgängiger Berathung mit den Ständen erlassene Eigenthumsordnung das Verdienst erworben, Grundsätze im Dienstwesen geltend zu machen, durch welche die in dem früheren Gesetze enthaltenen von selbst aufgehoben sind und die Verwandlung der Dienstgelder in Dienste wieder an die gemeinrechtlichen Erfordernisse geknüpft ist. Denn es wird nunmehr wieder gesetzlich anerkannt und ausgesprochen, „daß wegen der Dienst„leistungen nichts generales zu verordnen sei, sondern „solches auf der von Alters hergebrachten Possession vel „quasi beruhe, kraft deren ein Gutsherr solche Dienste „ruhig zu genießen habe;“ mit der ferneren Bestimmung, „daß der Gutsherr dem Colono die Dienste willkührlich „nicht erhöhen, oder anstatt der Dienste dem Eigenbe„hörigen kein Dienstgeld aufdringen, sondern, wenn dieser „die Dienste in natura zu leisten schuldig ist, ihn dabey „lassen muß; dafern aber der Eigenbehörige dafür Geld „geben und der Gutsherr solches annehmen wolle, dabey „zwar es sein Bewenden habe, der Eigenbehörige aber, „wenn der Gutsherr die Dienste über kurz oder lang in „natura wieder von ihm fordern sollte, sich auf keine „Weise mit Präscription schützen könne, sondern selbige „dann nach wie vor zu leisten schuldig sei.“ *) Jene Hinweisung bei den Dienstleistungen auf die von Alters hergebrachte Possession vel quasi ist nur eine specielle Anwendung des allgemeinen Grundgesetzes der Eig.-Ord., „daß wie theils nach dem Herkommen, theils nach den „Bedingungen, unter denen die Güter untergegeben

*) E. O. Cap. XIII. §. 1. 2.

„werden, die Pflichten der Eigenbehörigen variiren: also „auch bei solchen hergebrachten oder bedungenen Pflichten, „wenn sie bewiesen worden, sein Bewenden habe.“ *) Hieraus folgt von selbst, daß der Gutsherr jede von ihm behauptete, von dem Eigenbehörigen bestrittene Dienstpflicht und zwar nicht bloß im Allgemeinen, sondern auch speciell deren Beschaffenheit und Umfang beweisen muß. **) Ueberall genügt es ja nicht, daß der Kläger, dessen Ansprüche der Beklagte bestreitet, beweiset, daß er etwas zu fordern habe, sondern er muß auch darthun, was er zu fordern hat. Daher muß denn auch derjenige Gutsherr, welcher statt eines üblichen Dienstgeldes Naturaldienste fordert, nicht nur im Allgemeinen beweisen, aus welchem Grunde der Eigenbehörige *in natura* zu dienen schuldig sei, sondern auch den Umfang und die Beschaffenheit der geforderten Naturaldienstleistung darthun. Die Naturaldienste sind der Gegenstand seiner Forderung. Die Schuldigkeit des Eigenbehörigen dazu bildet mithin auch den Gegenstand der Beweisführung. Der oben erwähnte Zusatz des Gesetzes wegen der Praescription kommt hiebei dem Gutsherrn keineswegs zu Statten. Denn dort ist sowohl den deutlichen Worten, als dem Zusammenhange nach, nur von dem im Eingang dieses Aufsatzes erwähnten Falle die Rede. Zunächst enthält das Gesetz das generelle Verbot der Diensterschwerung und setzt hiernächst die einseitige Verwandelung der schuldigen Dienste in Dienstgelder gleich, mit der ausdrücklichen Bestimmung, daß der Gutsherr den Eigenbehörigen, wenn dieser die Dienste *in natura*

*) E. O. Cap. I. §. 2.

**) Erg. Heft a. a. O. S. 23.

zu leisten schuldig ist, dabei lassen müsse; dafern aber der Eigenbehörige dafür, d. h. für die in natura zu leistenden Dienste, Geld geben und der Gutsherr dies annehmen wollte, alsdann der Eigenbehörige, wann der Gutsherr die Dienste über kurz oder lang in natura wieder von ihm fodern sollte, sich nicht mit der Präscription schützen könne, sondern selbige sodann vor wie nach, d. h. in derselben Art, wie vor der Geldreluition, zu leisten schuldig ist. Keine dieser Bestimmungen bietet auch nur entfernt eine Veranlassung dar, daraus eine rechtliche Präsumtion für die ursprüngliche Naturaldienstpflicht zu entnehmen, oder dem Gesetzgeber die Absicht unterzulegen, daß auch dann, wenn eine ursprüngliche Naturaldienstpflicht nicht entschieden vorliegt, der Gutsherr Naturaldienste Statt des Dienstgeldes zu fodern berechtigt seyn solle. Der Gesetzgeber beabsichtigte vielmehr, zufolge des den Ständen vorgelegten Entwurfs der Eig. Ord., *) sogar in dem Falle, wenn seit 100 Jahren der Eigenbehörige, der wirklich ursprünglich zu Naturaldiensten verpflichtet war, die schuldigen Dienste in Natur nicht mehr geleistet, sondern dafür Geld gegeben hat, den Eigenbehörigen hiebei zu schützen. Auch die Land- und Justizkanzlei war, wie ihre zu dem Entwurfe gemachten Bemerkungen ergeben, hiemit einverstanden. Der desfällsige Zusatz im Entwurfe ist nun zwar auf die Erinnerung der Stände gestrichen worden. Im Uebrigen aber haben sie die obigen Bestimmungen genehmigt, ohne auch nur entfernt aus den bis dahin in Kraft gebliebenen Grundsätzen der Verordnung vom J. 1660 ein monitum zu entlehnen.

*) v. Vinke, ohnmaßgebl. Gedanken rc. Cap. XIII. §. 2 a. E.

Ueberdem würde ja auch mit einer allgemeinen Präsumtion für ursprüngliche Naturaldienste nichts gewonnen seyn, weil ja doch immer noch der Gutsherr, der Statt Dienstgeldes Dienste fordert, den Umfang und die Beschaffenheit der Dienste, die er fordert, beweisen müßte. Diesem Beweise kann der Gutsherr sich in keinem streitigen Falle entziehen, weil das Gesetz mit so deutlichen Worten die große Verschiedenheit der Dienstpflicht anerkannt und so ausdrücklich eine allgemeine Regel über Maaß und Umfang derselben verwirft, daß man in den offenbarsten Widerspruch mit demselben gerathen würde, wenn man auch hier ein gewisses präsumtives Maaß an die Stelle der zu erweisenden Beschaffenheit setzen wollte. Nach der Größe des Dienstgeldes kann die Größe des ursprünglichen Dienstes nicht abgemessen werden, da jene nach Zeit, Ort und Gelegenheit in sehr verschiedenem Verhältnisse zu dem Dienste bestimmt seyn kann und in der That sehr ungleichartige Taxen ja nach den Umständen dabei beobachtet worden sind. Die Eig. Ord. aber hat einen Maaßstab dafür nicht angegeben, zum deutlichsten Beweise wiederum, daß es dem Gesetzgeber nicht in den Sinn gekommen ist, eine Verwandlung des Dienstes in Dienste auch da zu statuiren, wo es nicht gewiß ist, daß und welche Naturaldienste der Colon ursprünglich zu leisten schuldig gewesen ist.

Uebrigens beweiset auch der bloße Ausdruck: Dienstgeld nichts für eine ursprüngliche Naturaldienstpflicht. Wenngleich ein großer Theil der Dienstgelder aus solcher hervorgegangen seyn mag: so berechtigt doch nichts den Richter, hieraus eine rechtliche Vermuthung für andere Fälle herzuleiten. Das Gesetz verweiset ja ausdrücklich in Dienstsachen auf Vertrag und Herkommen

in jedem einzelnen Falle. Ueberdem würde doch die Benennung höchstens auf Naturaldienste im Allgemeinen hindeuten, das Maaß derselben aber völlig unbestimmt lassen. Allein es läßt sich nicht einmal im Allgemeinen behaupten, daß das Dienstgeld regelmäßig auf Naturaldienste Beziehung habe, die der Eigenbehörige dem Gutsherrn schuldig gewesen, da die Fälle, in denen Dienstgeld gegeben wird, sehr verschieden sind. In den Amtsregistern, bemerkt Möser,*) finden sich viele „Eigenbehörige, die den wöchentlichen Spanndienst verrichten „und überhin noch Dienstgeld bezahlen. Wofür nun „dieses? das Dienstgeld kann bezahlt werden a) für die „bischöflichen, b) die gräflichen, c) die adelvogteilichen „alten Dienstfuhren, ferner d) für Reihefuhren, wenn „jemand davon befreiet ist, und e) für die gutsherrlichen, „wo einer sich dergleichen bedungen hat, die in einigen „Aemtern wöchentlich, in andern namentlich pro ordinariis gehalten sind.“ So unbestimmt war von jeher der Begriff des Dienstgeldes, daß man dasselbe häufig mit Pachtgeld oder anderem Schuldgelde, wie z. B. in einem Privilegium des B. Johann v. J. 1564 mit den alten Maigeldern,**) verwechselt hat. Auch der Verf. des oben erwähnten Gutachtens macht schon darauf aufmerksam, daß man wohl zu unterscheiden habe, ob das Dienstgeld sich auf ursprünglich bedungene Dienstleistungen beziehe oder ob dasselbe als eine in veritate abzustattende jährliche Pacht bezahlt worden, also nur abusive Dienstgeld genannt werde. Die Fälle, wo das Dienstgeld gleich bei der ersten Auflassung als eine unveränderliche Geldprästation bedungen wird, sind bis zur neuern Zeit hin gar nicht selten.

*) Möser, Osnabr. Gesch. Th. 2. Abschn. 3. §. 14. Not. f.
**) Stüve, über d. Lasten des Grundeigenthums. S. 196.

(Der Beschluß folgt.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 10. Den 15. November 1832.

Ministerial-Rescript vom 19. May 1821, Injurienklagen wider öffentliche Beamte betreffend.

Georg der Vierte ꝛc.

Es hat Unsere hiesige Provinzial-Regierung, unter Beifügung der Acten, bei denen auch unser, an gedachte Unsere Provinzial-Regierung gerichtetes, Schreiben vom 31sten Januar d. J. befindlich ist, vorgestellt, wie der Bürger und Gastwirth Friedrich Alpers zu Wolfenbüttel in väterlicher Gewalt seines Sohnes Friedrich August Alpers zu Hildesheim, deswegen bei Unserer Justizcanzlei zu Hildesheim eine Injurienklage wider

den Bürgermeister * * daselbst angebracht, weil derselbe in einer großen Versammlung von Menschen seinen Sohn und einen gewissen Tappe durch Visitation ihrer Taschen vor allen übrigen Anwesenden als eines Diebstahls verdächtig, auffallender Weise ausgezeichnet habe, ohne daß er zu einer solchen Auszeichnung durch besondere gegen seinen Sohn vorhandene Indicien, genügender Weise, wäre veranlaßt worden, und wie diese Klage, nachdem solche von euch zuerst mittelst Decrets vom 10. November v. J. abgewiesen, auf die von Seiten des Klägers gegen sothanes Decret eingewandte Leuterung angenommen und dem Beklagten zur Vernehmlassung mitgetheilt worden.

Demnach nun der angebrachten Klage bloß zum Grunde liegt, daß der Bürgermeister * * die Visitation ohne hinlängliche Gründe vorgenommen und dadurch, daß er nicht noch mehrere Personen visitirt, den Sohn des Klägers ausgezeichnet habe, dagegen von einer bei Gelegenheit dieser Handlung, zu welcher der Bürgermeister * * von Amtswegen an sich berechtiget gewesen, verübten unerlaubten und strafbaren Handlung nichts aufgeführt ist, mithin bloß und allein die Frage vorwaltet, ob derselbe eine unstreitige Diensthandlung mit Grund vorgenommen habe, dieses aber eine Frage ist, welche einer richterlichen Entscheidung nicht unterworfen werden, sondern lediglich von der demselben vorgesetzten Dienstbehörde, welche den Umfang seiner Dienstverrichtungen allein zu kennen und zu übersehen im Stande ist, beurtheilt werden kann;

So habt Ihr den Eingangsgenannten Kläger ab- und wenn derselbe sich zu beschweren Ursache zu haben vermeint, an Unsere hiesige Provinzial-Regierung zu verweisen, welche sodann die Sache gehörig untersuchen

und das Nöthige deshalb verfügen wird, auch habt Ihr in Zukunft Euch hiernach zu richten und dergleichen wider einen öffentlichen Beamten gerichtete Klagen, welcher lediglich eine Diensthandlung zum Grunde liegt und deren Entscheidung eine Beurtheilung der Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit einer Diensthandlung in sich schließt, nicht anzunehmen, sondern, wie auch in diesem Falle von Euch anfangs geschehen ist, an die vorgesetzte Behörde zu verweisen.

Hannover, den 19. May 1821.

Kraft Seiner Königlichen Majestät allergnädigsten Special-Befehls.

Decken. Bremer. Arnswald. Meding.

An
die Justizcanzley zu
Hildesheim.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Kann nach Osnabrückischem Rechte der Gutsherr von seinem Eigenbehörigen Statt des bisher entrichteten Dienstgeldes Natural-Dienste fordern? Nebst Bemerkungen über die Beweiskraft der Landesvermessungs- und Prästationsregister.

(Vom Herrn Justizrath Struckmann in Osnabrück.)

(Beschluß.)

Diesemnach rechtfertigt weder die Bezeichnung der Abgabe als Dienstgeld, noch die Eig. Ord. eine Präsumtion für die Naturaldienstpflicht. Dieses wollten freilich

nach Publication des erwähnten Gesetzes die Gutsherrn nicht anerkennen. Sie wünschten zu dem Edicte vom Jahre 1660 zurückzukehren und machten wiederholte Versuche, den Landesherrn für sich zu gewinnen. Allein vergeblich. Ernst August II. lehnte das deshalb von den vorsitzenden Ständen gelegentlich angebrachte Gesuch gänzlich ab, indem er sich auf die Zusicherung beschränkte: daß er der ausgelassenen Eigenthumsordnung in Allem beständig nachgelebt wissen wolle.*)

Noch merkwürdiger ist die vom Könige Georg Namens des minderjährigen Bischofs Friedrich unterm 20. Febr. 1767 gegebene Erklärung. **) Damals war von den nachsitzenden Ständen ausdrücklich eine authentische Erklärung dahin erbeten worden:

> daß in solchen Fällen, wenn Eigenbehörige, die bisher Dienstgeld bezahlt, den Spanndienst in Natur zu leisten sich weigern und der Gutsherr darüber in processualische Weitläuftigkeiten zu gerathen befürchte, kein Eigenbehöriger gegen seinen Gutsherrn gehört werden solle.

Allein landesfürstlicher Seits ward Statt des Gebetenen zur Resolution ertheilt:

> daß in Ansehung der Beschwerde über einige Eigenbehörige, welche bisher Dienstgeld entrichtet haben und den Spanndienst in natura zu leisten sich weigern, es nach der hiesigen Eig. Ord. lediglich auf die Possession vel quasi ankomme und solcherhalb, wenn die Gerichte bei Untersuchung der

---

*) S. d. angef. Erg. Heft S. 29 und C. C. Osn. Th. 1. B. 1. S. 333 — 337.

**) C. C. Osn. a. a. O. S. 375.

Possession ordnungsmäßig summarisch verfahren, eine dem Gutsherrn beschwerliche Weitläuftigkeit nicht zu besorgen sei, man landesherrlicher Seits Bedenken trage, von besagter Eig. Ord. darunter abzugehen.“

Deutlicher konnte der Gesetzgeber sich über die befragliche Controverse nicht aussprechen. Ueberall, wo der Gutsherr Dienste fordert, es mag vorhin Dienstgeld gegeben worden seyn oder nicht, soll Besitz und Herkommen entscheiden. Doppelt merkwürdig ist diese Erklärung, da das Domcapitel, dessen rechte Hand damals der eben so gründlich gelehrte, als gewissenhafte Domcapitularische Syndicus Hesselmeyer war, sich dem von den übrigen Ständen eingebrachten, auf eine Interpretion im entgegengesetzten Sinne gerichteten, Gesuche nicht angeschlossen hatte.

Dabei ist es denn auch verblieben, und es fehlt nicht an zahlreichen Erkenntnissen der Gerichte, wodurch die Gutsherrn, welche Statt des bisherigen Dienstgeldes Dienste forderten, und sich dabei auf die Eig. Ord. und das Edikt vom Jahre 1660 beriefen, zum Beweise der geforderten Naturaldienste angewiesen worden sind. *) Noch im Jahre 1825, als viele Pflichtige des Amts Wittlage-Hunteburg das bisherige Dienstgeld wegen der von der Gutsherrschaft beabsichtigten Erhöhung desselben aufgekündigt und Statt dessen zum Naturaldienste in der von ihnen angegebenen Beschaffenheit sich erboten hatten, das Amt aber von ihnen mehrere und schwerere Dienste gefordert hatte, als sie demselben einräumten, erkannte die Königliche Justizcanzlei das Amt für schuldig,

*) S. d. angef. Erg. Heft S. 29. Nota 54 u. die Anl. 2. 3. 4. 5.

die behauptete Dienstpflicht zu beweisen, und nahm nur deshalb diesen Beweis hinsichtlich eines Punktes, nämlich der Zahl der Dienste, als schon erbracht an, weil sich diese aus dem Verhältnisse des anerkannten Betrags des bisherigen Dienstgeldes zu dem gleichfalls unstreitigen Betrage dessen, was für jeden geleisteten Dienst vergütet ward, ergab. *)

Sehr häufig ist in den Processen über die Naturaldienstpflicht auf die unter der Regierung Bischofs Ernst August II. Behuf der beabsichtigten Schatz-Rectification aufgenommenen Landvermessungs- und Prästationsregister, welche ein Verzeichniß des gesammten schatzpflichtigen Grundeigenthums und der auf demselben ruhenden Lasten enthalten, jedoch als eine unvollständige Arbeit mit dem ganzen damaligen Rectificationsplane auf sich beruhen geblieben sind, Beziehung genommen und über deren Beweiskraft gestritten worden. Man muß hiebei das Vermessungsregister von dem damit verbundenen Prästationsregister wohl unterscheiden. In Ansehung des Ersteren ist es anerkannt, daß dadurch die Pertinenzqualität eines Grundstücks nicht nachgewiesen werden kann. Namentlich haben dieses die Landstände unterm 3. Aug. 1796 attestirt, und zwar aus dem Grunde, weil die damals intendirte Schatz-Rectification nicht zu Stande gebracht und die desfalls vorgenommenen Vermessungs- und Conscriptionsregister gar nicht revidirt seien. — Anders verhält es sich freilich mit den Prästationsregistern, weil diese auf den eigenen Angaben der Unterthanen über ihre Prästationen beruhen. Deshalb hat man ihnen häufig eine Beweiskraft gegen die Unterthanen beilegen zu

*) Anl. 5. a. a. O.

dürfen geglaubt, wie denn selbst die vormalige Land- und Justizcanzlei unterm 23. Aug. 1806 in Sachen des Adv. fisci Namens des Amts Grönenberg gegen den Meyer zu Heringtorf und Consf. solches attestirt haben soll.*) Allein wenn man nicht, wie es freilich vormals häufig geschah, bloße Wahrscheinlichkeiten und factische Vermuthungen mit rechtlichen Beweisen gleichstellen will: so mögte für jene Ansicht ein haltbarer Grund nicht aufzufinden seyn. Denn bei den damaligen Angaben der Unterthanen über die ihnen gegen ihre Gutsherrn obliegenden Pflichten, welche sie nicht den Gutsherrn selbst oder deren Stellvertretern, sondern dritten Personen, den Vermessungscommissarien, auf deren Anfragen gemacht haben, liegt die wahre Absicht zu gestehen, ohne welche kein gültiges Geständniß besteht, der animus confitendi, in dessen Beurtheilung bei außergerichtlichen Geständnissen eine große Strenge erforderlich ist, durchaus nicht klar vor. Ferner tritt hier der bekannte Rechtssatz entscheidend ein: daß ein Geständniß einem Dritten nicht schadet, aber auch nicht nützt. Daß nun die bei der Aufnahme der Register nicht zugezogenen Gutsherrn in dieser Beziehung als dritte Personen betrachtet werden müssen, fällt in die Augen. Auch läßt sich endlich nicht einmal mit Sicherheit aus den Registern entnehmen, ob diejenigen Unterthanen, aus deren Munde die Vermessungs-Commission die Verzeichnisse aufgenommen hat, wirklich auch diejenigen gewesen sind, welche eine bindende Erklärung abzugeben fähig und berechtigt waren. Wollte

*) Die betreffenden Acten selbst habe ich nicht einsehen können, da solche in appellatorio versandt worden und nicht zurückgekommen sind.

man aber dennoch die zufolge der Register von den Pflichtigen gemachten Angaben als beweisfähige außergerichtliche Geständnisse zum Beweise gegen dieselben zulassen: so würde man dieselben Angaben auch für dieselben gegen denjenigen Gutsherrn, der sich darauf beruft, zulassen müssen. Denn die Reciprocität der Rechte bei der Beweisführung und der Grundsatz der Untheilbarkeit des Geständnisses gestatten es nicht, daß der Gutsherr in dem von dem Pflichtigen abgelegten außergerichtlichen Geständnisse das ihm Nützliche vom Schädlichen trennt, und, während er dasselbe da, wo es ihm präjudicirt, als beweisunfähig ansicht, des übrigen ihm günstigen Theils zum Beweise gegen den Pflichtigen sich bedienen mag.

II. Zwey Rechtsfälle, über das Prioritäts-Verhältniß zweier an dem nämlichen Tage ingrossirter Hypotheken.

1.

In dem Concurse des ** waren von verschiedenen Creditoren zwey ingrossirte Capitalien angemeldet, welche an einem und demselben Tage, 4ten Mai 1818, in das Hypothekenbuch eingetragen waren. Im Prioritäts-Erkenntniß des Amtes B. wurden daher beide professa inter hypothecarios publicos mit gleichen Rechten collocirt. Inzwischen verlangte derjenige Creditor, dessen Hypothek im Hypothekenbuche voran stand, den Vorrang vor der 2ten nach derselben eingetragenen Hypothek, weil der Vorrang einer ingrossirten Hypothek durch die Eintragung erworben werde, und einmal erworben, durch spätere Eintragungen nicht geschmälert werden könne,

widrigenfalls der Zweck eines Ingrossations-Buches völlig vereitelt werden würde, indem dieser Zweck in der Sicherheit des Creditors bestehe, welche völlig illusorisch erscheinen müsse, wenn die Erwerbung des Vorrechts nur bedingt seyn und davon abhängig gemacht werden wolle, ob zwar später aber an dem nämlichen Tage noch andere Hypotheken ingrossirt würden. Das Amt erkannte indessen, nach beendigtem, desfalls eingeleiteten Präferenz-Verfahren am 7ten October 1730 für Recht:

> daß nach den im Prioritäts-Erkenntnisse vom 31sten März d. J. angegebenen Gründen, wegen der an einem Tage ingrossirten Capital-Forderungen der Implorantin und des Imploraten, der erstern deshalb der angetragene Vorzug, weil ihre Capital-Forderung früher als die des Imploraten ins Hypothekenbuch eingetragen, nicht zuzubilligen, vielmehr die hiernach ausgesprochene von der Implorantin angefochtene Gleichstellung beider Hypotheken hiemit bestätiget und selbige mit ihrem Antrage des Vorzuges, unter Verurtheilung in die Kosten dieses Verfahrens, zurückgewiesen werde.

Gegen diese Entscheidung appellirte die Implorantin an das K. Hofgericht zu Stade, und stellte in ihrem Libelle vor, daß die Bezugnahme ihres Gegners auf die Bestimmung des Römischen Rechts (L. 20. §. 1. 13. 7.) nicht zur Entscheidung dienen könne, da die Ingrossations-Bücher ein Institut des deutschen Rechts seyen, vermöge desselben, im Widerspruch mit dem Römischen Rechte, sogar jüngere Hypotheken den älteren vorgingen, sobald sie eingetragen seyen, und das factum der Eintragung allein den Ausschlag geben müsse. Uebrigens habe die citirte L. 20. §. 1. auch nur den Fall im Auge, daß

von zwei an einem Tage bestellten Hypotheken nicht constire, welche früher, welche später bestellt worden, widrigenfalls trete sofort die Grundregel, prior tempore potior jure in Anwendung, wenn die Erstigkeit der Zeit auch nur einen Augenblick betrage.

L. 2. C. qui potiores in pignore (8. 18.)
Dabelow vom Concurse S. 635.
Gesterding vom Pfandrechte S. 240.

Bei Hypotheken, die an einem Tage ingrossirt seyen, walte nun aber über die Erstigkeit der Zeit gar kein Zweifel ob.

Das K. Hofgericht rejicirte jedoch die Appellation am 15ten Januar 1831, mittelst folgenden Bescheides:

Demnach Appellantin nicht läugnen kann, daß die beiden fraglichen Obligationen an einem und dem nämlichen Tage ingrossirt worden sind, dieselben daher, bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bemerkung im Hypothekenbuche, daß eine derselben früher hat ingrossirt werden sollen, gleiche Rechte genießen müssen, mithin die aufgestellte Beschwerde als unerheblich sich darstellt, so stehet dem Gesuche pro reformatoria nicht zu deferiren.

Als die Implorantin sich fernerweit gegen diesen Abschlag, mittelst der Appellation an das höchste Landesgericht wandte, erfolgte dort unterm 30sten März 1832 inspectis actis der Bescheid:

daß dem Gesuche, ob non elisas rationes decidendi decreti a quo, nicht zu deferiren stehe, und sollen daher die eingesandten Acten remittirt werden.

2.

In einem andern Rechtsfalle, in welchem sich auch zwey an ein und demselben Tage ingrossirte Gläubiger

um den Vorrang in dem Concurse ihres Schuldners stritten, nachdem sie im Erstigkeits-Erkenntnisse mit gleichen Vorzugsrechten locirt waren, berief sich der eine Theil insbesondere auf den Umstand, daß seine Hypothek im Hypothekenbuche eine frühere Nummer habe; das Amt Neuhaus (a. d. Oste) entschied hiernächst, mittelst Erkenntnisses vom 14ten April 1831:

Da die Rangordnung verschiedener öffentlicher Hypotheken, welche an derselben Sache stattfinden, unter einander streng nach der Zeitordnung sich richtet, in welcher dieselben bestellt sind, auch der Umstand, daß zwey öffentliche Hypotheken an demselben Tage constituirt sind, das Vorzugsrecht der an demselben Tage früher constituirten nicht ausschließt, da ferner aus dem Umstande, daß die Hypothek der Implorantin zwar wie die der Imploraten am 17ten October 1807, jedoch Tom. IV. pag. 126 im hiesigen Hypothekenbuche ingrossirt ist, während die der Imploraten im hiesigen Hypothekenbuche Tom. IV. pag. 127 ingrossirt ist, so wie daraus, daß nach der Einrichtung der Hypothekenbücher die Hypotheken hinter einander her ingrossirt werden, sich ergiebt, daß die Hypothek der Implorantin zwar an demselben Tage, jedoch früher als die der Imploraten ingrossirt ist, und da endlich nach dem Geiste der Verordnung vom 15/16. December 1741 angenommen werden muß, daß der Act der Constituirung einer öffentlichen Hypothek in der Ingrossation in das Hypothekenbuch liegt;

so ist die Hypothek der Implorantin für bevorzugt vor der der Imploratin zu achten. Es

wird demnach die Bestimmung des am 25sten Januar d. J. publicirten Classificationserkenntnisses, durch welche die Forderungen beyder Theile gleich locirt sind, wieder aufgehoben und wird die Implorantin mit ihrer unter 3a jenes Classificationserkenntnisses locirten Forderung der unter 3b jenes Erkenntnisses locirten Forderung der Imploraten hierdurch vorgesetzt.

Die Proceßkosten sind Imploraten der Implorantin binnen 6 Wochen zu erstatten schuldig.

Als inzwischen die Imploraten sich gegen dieses Urtheil, mittelst der Appellation an das K. Hofgericht zu Stade wandten, erfolgte daselbst folgendes emendatorische Rescript vom 26sten Oct. 1831:

Wenn nun zwey an demselben Tage ingrossirte Hypotheken, so lange nicht beygebracht werden kann, daß nach ausdrücklicher Verabredung die eine oder die andere einen Vorzug haben solle, allerdings, als zu derselben Zeit ingrossirt anzusehen sind, und dann aus diesem Grunde gegenwärtiges rescriptum de emendando an Euch erkannt ist; so habt Ihr, wenn Euch die Acten nach eingetretener Rechtskraft dieses Rescripts remittirt seyn werden, mit Wiederaufhebung Eures gravirlichen Urtheils vom 14ten April d. J., die im Prioritäts-Erkenntnisse vom 25sten Jan. d. J. ausgesprochene Collocation zu bestätigen und die Appellatin mit ihrem Prioritäts-Anspruche, unter Verurtheilung in die den Appellanten veranlaßte Proceßkosten, ab- und zur Ruhe zu verweisen.

III. Präjudicia.

1. Daß derjenige, der sich zur Annahme eines Depositums zudringlich erbietet, solches, wenn es ihm gestohlen wird, ersetzen muß.

Unser gemeines Recht verpflichtet den Depositar bekanntlich nur zur Prästirung der lata culpa; nur der Depositar, qui deposito se obtulit, soll nach L. 1. §. 35. depositi auch culpam et custodiam prästiren, non tamen casus fortuitos. Zu solchen casus fortuitos ward neulich in allen drei Instanzen ein Diebstahl nicht gerechnet, sondern der Depositar unbedingt zur Erstattung des ihm gestohlenen Depositums schuldig erkannt. Der Fall war folgender:

Der Tagelöhner T. zu S. hatte der Hebamme E. zu R. eine Summe von angeblich 580 Thlr. zur Aufbewahrung übergeben, wozu er angeblich durch die Vorspiegelungen und das Versprechen der Beklagten, daß sie dafür sorgen wolle, daß künftig nichts mehr von seinem Gelde wegkommen solle, bewogen war. Dies Versprechen leugnete die Beklagte, gab vielmehr an, wie Kläger ihr öfter geklagt habe, daß ihm seit einiger Zeit fortwährend etwas von seinem Gelde wegkomme, wenn er es auch in einem Beutel versiegelt aufbewahre. Da habe sie ihm erst gerathen, es an Orte zu legen, die sonst Niemand kenne; als er aber geäußert, das würde auch nichts helfen, habe sie ihm anheimgegeben, ihr einmal 5 Thlr. zu bringen, wo er dann sehen würde, daß Nichts davon wegkäme. Statt dessen habe Kläger ihr bald darauf einen Beutel mit angeblich 170 Thlr. gebracht, den sie zu ihrem eigenen Gelde gestellt habe. Dabei hätten

sie verabredet, ihre beiderseitigen Ersparnisse zu jenem Gelde noch hinzuzulegen und in Folge dessen habe Kläger auch noch mehrmals Summen gebracht, die sie ebenfalls in ihre Lade gelegt habe. So sei 7 Jahre lang des Klägers Geld in ihrer verschlossenen Lade neben dem ihrigen aufbewahrt gewesen. Als sie aber bei ihrer Versetzung in ein anderes Dorf dem Kläger das Geld habe zurückgeben wollen, sei sämmtliches in der Lade befindliche Geld gestohlen gewesen. Diesen Diebstahl stellte Kläger replicando in Abrede, berief sich aber noch darauf, daß die Beklagte noch nach dem Diebstahl ihm wiederholt versprochen habe, sie wolle ihm den Schaden ersetzen; was aber Beklagte in duplicis durchaus leugnete. Nachdem Kläger zum Beweise der Größe der deponirten Summe zwei Scheine producirt und Beklagte diese anerkannt hatte, ward vom Amte Oldenstadt erkannt:

„Da die Beklagte den Kläger veranlaßt hat, ihr Geld behuf dessen sicherer Aufbewahrung zu übergeben und dieselbe, weil sie sich freiwillig zur Aufbewahrung des Geldes erboten, culpam levissimam prästiren muß, sich daher nur durch einen unvermeidlichen Unglücksfall, casus fortuitus — vis major, dagegen nicht durch die angebliche Entwendung des Geldes von der Restitutions-Verbindlichkeit befreien kann .... so wird die Beklagte schuldig erkannt, dem Kläger die 580 Thlr., so wie sämmtliche Kosten, zu erstatten."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte die Beklagte an die Königl. Justiz-Canzlei zu Celle, die aber rejectorie am 10. Sept. 1828 dahin erkannte:

„Da nach der Beschaffenheit des hier vorliegenden Niederlegungs-Vertrags, zu dessen Eingehung sich Appellantinn gedrängt hat, bei welchem mithin von derselben

Schadensersatz wegen mangelnder custodia zu prästiren ist, es keinen rechtlichen Bemerk verdient, ob das deponirte Geld qu. der Depositarinn gestohlen sei oder nicht, anerwogen ein mit besonderer Qualification verübter Diebstahl, der als vis major anzusehen wäre, von ihr überall nicht behauptet ist, als steht der angemaaßten Appellation, unter Verurtheilung der Appellantinn in die Kosten dieser Instanz, nicht zu deferiren."

Die dagegen zur Hand genommene Appellation an's Tribunal ward am 16ten Nov. 1829 ob non elisas rationes decidendi verworfen.

2. Zu der Lehre vom pactum de non petendo.

In derselben Sache behauptete die Beklagte, daß der Kläger, nachdem sie ihm gemeldet habe, daß das Geld ihr gestohlen sei, ihr versichert habe, er wolle gegen sie nicht klagbar werden, sie möge ihm nur nach und nach etwas wiedergeben. Das letzte habe sie denn auch redlich gethan, so viel sie irgend gekonnt habe, da sie ihm nicht allein 87 Thlr. baar, sondern auch viele Naturalien aus gutem Willen gegeben habe. Kläger leugnete diese Versicherung und behauptete zugleich, im Ganzen nur 37 Thlr. zurückerhalten zu haben. Es erkannte darauf das Amt Oldenstadt:

„Da es gegenwärtig auf die vom Kläger geleugnete Behauptung der Beklagten: „der Kläger habe ihr versichert, gegen sie nicht klagbar werden zu wollen, sie möge ihm nach und nach etwas wieder geben," nicht weiter ankommt, so wird Beklagter schuldig erkannt" u. s. w.

In der Appellations-Instanz veränderte die Beklagte ihre frühere Behauptung in etwas dahin: Kläger

habe ihr gesagt, er wolle nicht gegen sie klagen, sie möchte ihm dann und wann etwas wiedergeben, so viel in ihren Kräften stünde. Die Königl. Justiz-Canzlei zu Celle bestätigte aber lediglich das Erkenntniß des Amts mit folgenden Worten:

„Weil die Thatsachen, die zur Substantiirung eines pacti de non petendo von Seiten der Appellantinn angeführt sind, nicht dieses, sondern nur eine Hinaussetzung der Zahlungs-Verbindlichkeit der Appellantinn für den Fall involviren, wo selbige bei Kleinem den Appellaten befriedigte, nach jetziger Lage der Sache aber dem Appellaten freisteht, wegen der Saumseligkeit der Appellantinn wider dieselbe klagbar zu werden, als steht der angemaaßten Appellation nicht zu deferiren.“

Die Appellation ans Tribunal blieb erfolglos.

Miscelle.

Bei jeder, oft sehr unbedeutenden Gelegenheit, wird der Advokat vom Richter gehunzt, durch Verweise, durch bittere Drohungen. Auf diese Weise muß selbst der Klient, wenn er nicht fähig ist, richtig zu urtheilen, die seinem Anwalt gebührende Achtung verlieren. Der Advokat wird verdrießlich, er verliert diejenige Freimüthigkeit, durch welche er leicht das Gute stiften kann, den Richter vorsichtiger in seinen Verfügungen zu machen, und die Justizpflege etwas mehr gegen seine Uebereilungen zu sichern, anstatt daß sonst Regellosigkeiten desto leichter vorgehen können, wenn es erlaubt ist, diejenigen in Strafe zu nehmen, die sich erdreisten, ein Wort darüber zu reden, und die Sachen einmal beym rechten Namen zu nennen.

L. H. Jordan Miscellen. Halle 1826. S. 75.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 11. Den 1. December 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Beitrag zu der Lehre über die Requisite eines Perhorrescenz-Antrages gegen einen instruirenden Criminalrichter.

In einer Untersuchungs-Sache, welche beim Amte *** gegen einen leugnenden, (späterhin jedoch für überführt erklärten und bestraften) Inquisiten geleitet wurde, sollte derselbe mit verschiedenen Zeugen confrontirt werden. In dem desfallsigen Protocolle v. 6. März 1827 findet sich folgendes registrirt:

Wie Inquisit jedoch auf die an ihn geschehene Ermahnung, sich des ferneren Lügens zu enthalten, trotzig erwiederte, er habe die Wahrheit gesagt, und verbitte sich solche Aeußerungen, ließ man demselben für diese ungeziemende Aeußerung 3 Peitschenhiebe reichen, worauf derselbe erwiederte, er müsse solches gewärtigen, werde sich darüber beschweren und deßfalls morgen nach * * gehen.

Der Inquisit wandte sich auch wirklich mit einem beschwerenden Gesuche an die competente Justiz=Canzlei und perhorrescirte den bisherigen Instructions=Richter. Nach eingefordertem und abgestattetem Berichte des Amts * * * erhielt indessen der Querulant zum Bescheide:

daß dem Perhorrescenz= wie auch dem Antrage, die Vernehmung des Querulanten von einem andern Richter von neuem vornehmen zu lassen, keine Statt zu geben sey, weil eines Theils der zu der Beschwerde des Querulanten Anlaß gegeben habende That=Umstand zu einer Zeit vorgefallen ist, in welcher die Untersuchung bis auf die Confrontation mit drey der abgehörten Zeugen beendigt war, andern Theils derselbe eine Gesetzwidrigkeit, oder eine Handlung, welche zur unverdienten Bedrückung des Querulanten gereicht, nach Lage der Sache nicht in sich befaßt.

Am Schlusse dieses abschlägigen Decrets wurde noch ein ernstlicher Verweis für den Querulanten hinzugefügt, das Gericht mit solchen ungegründeten Anträgen behelligt zu haben, auch derselbe in die Kosten des Incidentpuncts verurtheilt.

Der Inquisit wandte sich nunmehr appellando an

das Königl. O. A. Gericht zu Celle und erwirkte unterm 11ten Sept. 1827 folgende abändernde Verfügung:

——— Nachdem jedoch das in termino vom 6ten März d. J. gegen den Imploranten eingetretene Verfahren den Vorschriften Unserer Criminal-Instruction vom 6ten Dec. 1748 Cap. 7. §. 16. geradezu entgegen läuft und allerdings eine zur Bedrückung des Imploranten gereichende und dessen Perhorrescenz-Antrag begründende Gesetzwidrigkeit enthält, und daher — —. — So habt ihr, unter soweitiger Abänderung des decreti a quo, in dem Falle, daß in der Untersuchung gegen den Imploranten annoch irgend eine Verhandlung bei Unserm Amte * * * erforderlich seyn sollte, die Verfügung zu treffen, daß der * * (nämlich, der bisherige Instruent) — — sich jeder Theilnahme an selbiger enthalte, auch den dem Imploranten ertheilten Verweis wiederum zurückzunehmen und den Imploraten zu condemniren, dem Imploranten die bei euch durch diesen Incidentpunct verursachten Kosten zu erstatten.

Nur der Antrag auf eine anderweitige Vernehmung des Inquisiten wurde in appellatorio aus den Gründen verworfen, weil es demselben unbenommen bleibe, demnächst in seiner Vertheidigungs-Schrift seine etwaigen Entschuldigungsgründe an- und auszuführen, ferner in dem Confrontations-Verhöre vom 6ten März sowohl die Zeugen als auch der Implorant lediglich bei ihren früheren Aussagen beharret seyen, und daher ein nochmaliges Verhör des Imploranten und eine Wiederholung der Confrontation desselben mit den abgehörten Zeugen noch zur Zeit als überflüssig und nutzlos erscheine.

II. Können Brautgeschenke zurückgefordert werde[n] wenn die Ehe wegen des Zurücktritts eines Theils nicht erfolgt? *)

Diese Frage läßt sich weder unbedingt bejahen, no[ch] unbedingt verneinen, da die Schenkung doppelter A[rt] geschehen seyn kann, nämlich entweder unwiderrufli[ch] oder unter der Voraussetzung der nachfolgenden Eh[e]. Dieß sagt

L. 1. §. 1. *D. de donationibus* (39, 5.) verbis: „Igitur cum dicimus *inter sponsum et sponsam* donationem valere, propria appellatione utimur, et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut con*festim* faciat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit. Cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti; non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub conditione solvatur."

Es geht aus diesem Gesetze die Zulässigkeit der Zurückforderung der Brautgeschenke im allgemeinen klar hervor. Dieselbe soll in solchen Fällen, wo nicht liberalitatis gratia unwiderruflich, sondern in Hinsicht auf die künftige Ehe, „hac *mente*, ut nuptiis non secutis res auferatur," geschenkt ist, Platz greifen dürfen.

---

*) Es ist hier nicht von der *Arrha sponsalitia*, dem Mahlschatz oder Ehepfande, sondern lediglich von der *Largitas sponsalitia*, die Rede. Es scheint hierunter von einigen Rechtslehrern nicht distinguirt zu werden, was doch durchaus nöthig ist!

Näher bestimmt nun aber

L. 15. Cod. De donat. ante nuptias (V, 3.) hinsichtlich der Brautgeschenke, daß derjenige Verlobte, welcher an der Aufhebung des Verlöbnisses unschuldig ist, die ihm geschenkten Sachen behalten und die von ihm dem anderen Theile gegebenen zurückerhalten soll, mag übrigens die Schuld der Aufhebung den andern Theil selbst oder nur dessen Eltern treffen. Diese Vorschrift ist vom Kaiser Constantinus so deutlich gefaßt, daß sie keiner Mißdeutung fähig ist.

Dem Gesetzgeber mißfiel, wie er im Eingange sagt, die Meinung der Alten, wonach die einer Braut gemachten Geschenke auch ohne nachfolgende Ehe gültig seyn sollten, weshalb er das gegenseitige Schenken unter Verlobten an nachfolgende Bedingungen knüpfte:

1) Will oder soll (nach elterlichem Willen) der Bräutigam die Ehe nicht vollziehen, so soll er das, was er der Braut geschenkt und bereits tradirt hat, nicht zurückfordern dürfen, und das, was etwa noch in seinem Besitze verblieben ist, an selbige und deren Erben abliefern.

2) Giebt eine Braut, oder derjenige, in dessen Gewalt sie ist, Veranlassung, daß die Ehe nicht vollzogen wird, sollen die Geschenke dem Bräutigam und dessen Erben ohne irgend eine Minderung zurückgegeben werden. Die Zurückforderung darf per condictionem oder per utilem actionem in rem geschehen.

Aehnlich soll es rücksichtlich der von Seiten der Braut dem Bräutigam gegebenen Geschenke gehalten werden.

Das Gesetz lautet folgendermaaßen: Imp. *Constantinus* A. ad *Maximum* praefectum urbi. Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam, nuptiis quoque non secutis, decrevit

valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas jure celebrantur, redigi ad huiusmodi conditiones jubemus: ut sive adfinitatis coeundae causa, sive non ita, vel in potestate patris degentes, vel ullo modo proprii juris constituti, tanquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi, vel consensu parentum mutuo largiantur: si quidem sponsus, vel parentes eius sortiri filium noluerint uxorem; id quod ab eo donatum fuerit, nec repetatur traditum: et si quid apud donatorem resedit, ad sponsam et heredes eius summotis ambagibus transferatur. Quod si sponsa, vel is, in cuius agit potestate, causam non contrahendi matrimonii praebuerit: tunc sponsae ejusque heredibus sine aliqua diminutione per condictionem, aut per utilem actionem in rem redhibeantur. Quae similiter observari oportet, et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit. Dat. Romae 319.

Daß übrigens diese Gesetze nicht gerade auf Fälle bezogen werden können, wo Jemand von einer nicht constitutionsmäßig geschlossenen Verlobung einseitig zurück tritt, was er thun darf, ohne einer Injurien- oder Satisfactions-Klage sich auszusetzen,

Hagemann Erört. Bd. 6. № 84.

bedarf wohl keiner Erwähnung, und daher wird es auch nicht überflüssig erscheinen, über die Frage, was in Fällen beregter Art Rechtens seyn dürfte, einige Bemerkungen anzuhängen.

In den Werken unserer vaterländischen Rechtslehrer sucht man eine Erörterung dieser Frage vergebens. Nur von Rühling*) und von Ramdohr**) berühren sie

*) Entscheidungen rc. № CVI. **) Erfahrungen I. S. 497.

mit kurzen Worten und unter Bezugnahme auf vorgekommene Entscheidungen des höchsten Landesgerichtes, welche dahin gegangen seyn sollen, daß, wenn ein ungültiges, nicht constitutionsmäßig geschlossenes, Verlöbniß einseitig aufgehoben werde, die baaren Auslagen oder Geschenke restituirt werden müßten. Der letztere Schriftsteller setzt hinzu: daß die Arrha, *sponsalitia largitas* und dona ante nuptias als Geschenke anzusehen seyen, welche unter der Bedingung, wenn die Heirath erfolge, gegeben würden, und daher entgegengesetzten Falls zurückgegeben werden müßten.

Diese Entscheidungen und Meinungen dürfen indessen in der gegebenen Form eben so unzulänglich und oberflächlich genannt werden, wie die damit übereinstimmende Behauptung Schnaubert's,*) „daß, wenn das Eheverlöbniß Anfangs ungültig gewesen sey, das Ehepfand und Brautgeschenk zurückgegeben werden müsse;" indem in Ermangelung bestimmter Gesetze, welche die Zurückgabe der Brautgeschenke (beyden Theilen) unbedingt vorschreiben, die Billigkeit wohl ein Votum sich herausnehmen darf, welches in vielen Fällen die unbedingte Restitutionspflicht verwerfen muß.

Denn obwohl die Ansicht nicht ohne Anschein ist, daß, wie Niemand bey Aufhebung eines nichtigen Contracts aus dem abwendlichen Nachtheil des Mitcontrahenten ohne besonderen Rechtsgrund Vortheil ziehen könne, so auch Niemand bey Aufhebung eines nichtigen Verlöbnisses mit den restituirbaren Geschenken des andern Theils sich bereichern dürfe, wird man doch nicht verkennen, daß zwischen einem Contracte über Sachen oder Dienstleistungen

---

*) Grundsätze des Kirchenrechts rc. §. 254.

und einem Eheverlöbniß schon im allgemeinen ein wesentlicher Unterschied obwaltet; und daß es insbesondere bey jenem viel mehr in der Willkühr der Contrahenten liegt, die gesetzliche Form zu beachten, wie bey diesem, wo vielfältig das Zartgefühl und andere Umstände die Willensfreyheit beschränken.

Wer kann es beyspielsweise einem Manne zumuthen, daß er, zur Verlöbnißfeyer ins Haus der Braut geladen, auf die Zuziehung des Predigers dringen soll, wenn er solchen unter den Anwesenden vermißt? Oder wer kann es einem Mädchen verargen, wenn es auf die Einwilligung der Eltern ihres Bewerbers nicht in forma probante dringen mag?

Man wird ferner zugeben, daß, wie Personen beyderley Geschlechts einander häufig aus bloßer Zuneigung, ohne weitere Absicht, als um solche zu bethätigen, beschenken, um so viel mehr Verlobte einander aus bloßer Zuneigung und ohne Rücksicht auf das künftige Ehebündniß beschenken können und wirklich beschenken.

Und wenn man drittens erwägt, daß ein Verlobter, welcher selbstwillig und ohne genügende Entschuldigung von einem Verlöbniß blos, weil dessen Constitutionswidrigkeit ihn dazu befugt, zurücktritt, den Vorwurf jederzeit wider sich behält, daß er lieblos gehandelt, indem er sich in ein Verlöbniß eingelassen, — was ebenmäßig von einer ohne genügende Ursache zurücktretenden Braut gilt; — wird man unmöglich die obberegte unbedingte Restitutionspflicht billigen können, vielmehr zugeben, daß mehr Quaestio facti, wie juris, vorliegt.

Solche Geschenke, welche unwiderleglich im Hinblick auf die nachfolgende Ehe gegeben sind, — z. B. Trauringe, Kleider und Schmucksachen für den Hochzeitstag,

Mobilien und Gegenstände für den Haushalt, Equipagen u. s. w. — dürften im angenommenen Falle eben so gewiß zu restituiren seyn, wie anderer Seits solche Geschenke, welche auch wohl von nicht verlobten Personen als Beweise besonderer Zuneigung gegeben werden, namentlich solche, die für den sofortigen Gebrauch bestimmt sind, nicht zu restituiren seyn dürften.

III. Ueber die Osnabrückischen Zehnten.

Der Hochfürstlich-Osnabrücksche Rath (nachmals Geh. Justizrath) und Regierungs-Referendarius, auch Ritterschaftliche Syndicus und Advocatus Patriae Justus Möser versichert in einem von ihm zufolge Resoluti Regiminis v. 3. Aug. 1778 am 28. Spt. desselben Jahrs

ad causam

der Eingesessenen zu Eicken, Kirchspiels Melle, in specie der landesfürstlichen Eigenbehörigen daselbst, Appellanten,

contra

den Dom-Succentor Krusen als Besitzern der Vicariae Sti. Jodoci im Dom, Appellaten,

das Zehntgeld betreffend,

eingereichten rechtlichen Gutachten, daß, wie wohl er auf den neuen Gang, den die Osnabrückschen Zehntrechte noch bei seiner Zeit genommen, von Anfang an besonders aufmerksam gewesen sei und als Advocat während einer 36jährigen Praxis, wie auch als Syndicus der Ritterschaft manches hierüber zu sammeln und zu bemerken Gelegenheit gehabt habe, dennoch bis zu dem Reichscammergerichtlichen Urtheile in der Noller Zehntsache bei

v. Cramer, wetzlar. Nebenst. Th. 15. Abh. 13. S. 159.

seines Wissens, in den Streitsachen über die Frage: ob der Zehntherr Statt eines langjährig erhobenen Zehntkorns oder Zehntgeldes den Zehnten in Natur fordern möge? die allgemeine Praxis dahin gegangen sei: daß der Zehntherr zuvörderst beweisen mußte,

daß er vormals den Zehnten wirklich vom Felde bezogen habe oder dazu besonders befugt sei,

ehe und bevor er zur Naturalauszehntung schreiten konnte; daß aber, sobald als jenes Urtheil erfolgt und die Entscheidungsgründe mit dem dadurch eingeführten jus novum,

welches obigen Beweis zurückläßt und aus dem alle 7, 8, 9 und 10 Jahre bezahlten Weinkaufe eine ehedem vorgegangene locatio conductio vermuthet,

bekannt geworden, den Zehntherren, welche bis dahin mit der Steigerung der Zehnten nur gradatim zu Werke gegangen, der Muth gewachsen und fast kein Jahr vergangen sei, daß nicht der eine oder andere mit seinen Zehntpflichtigen Streit angefangen habe, wie denn auch

von Cramer a. a. O. Th. 15. p. 135. u. 159. Th. 71. p. 141; u. Th. 78. p. 114.

seit dieser Zeit eine Menge von ähnlichen Entscheidungen in hiesigen Sachen beigebracht habe, da man doch bei dem fleißigen von Ludolph und bei allen seinen Vorgängern, welche decisiones Camerales herausgegeben, dergleichen nicht eine einzige finde.

„Das Merkwürdigste bei dieser Entscheidung in der „Noller Zehntsache — bemerkt der Verf. des Gutachtens „weiter — war, daß der Appellant, der Appellat und „der Judex a quo darüber alle drei, jedoch aus ver„schiedenen Ursachen, betreten waren; der Appellant, „weil er anstatt eines bisher gegebenen geringen Zehnt„korns den Zehnten aus seinem ganzen Hofe folgen lassen

„sollte, der Appellat, weil er in seinem Gewissen fühlte, „daß er solchergestalt mehr empfangen würde, als er zu „nehmen berechtigt wäre, und der Judex a quo, daß „er dieses gegen allen bisherigen Zehntgebrauch anlau„fende Urtheil zur Vollstreckung bringen sollte. Alle „drei ließen es daher bono modo geschehen, daß für „jedes Scheffel Zehntkorn, was der Zehntherr bisher jähr„lich gehoben hatte, ein verhältnißmäßiges Stück Land, „um daraus künftig den Zug-Zehnten zu ziehen, ange„wiesen wurde; wie solches der darüber von der Land„und Justizcanzlei als judice a quo an das Reichs„Cammer-Gericht erstattete Bericht v. 31. Aug. 1758 „bezeuget, und der wegen seiner Gelehrsamkeit und „Gewissenhaftigkeit bekannte damalige Domcapitu„larische Syndicus Hasselmeyer, welcher für das „appellatische Domcapitel und den Abt zu Iburg „als Zehntherrn in dieser Sache, die Feder führte, ver„sicherte mich, daß er ein Gelübde gethan hätte, der„gleichen Sachen nicht weiter zu übernehmen, nachdem „er sehe, daß die hiesigen Zehntrechte eine für die ge„meinen Unterthanen so gefährliche Wendung zu nehmen „anfingen und ein gewissenhafter Zehntherr darauf nicht „fortfahren könne. Allein so gewissenhaft dieser Mann „zu der Zeit, wie diese Neuerung im Zehntrechte noch „auffallend war, dachte, so sehr hat sich nachher die „Empfindung der späterhin ad praxin gekommenen „Rechtsgelehrten daran gewöhnt, und dasjenige mit aller „Strenge zu behaupten gesucht, was von einem der „höchsten Reichsgerichte einmal für Recht erkannt und „vom gedachten Reichs-Cammergerichts-Assessor immer „heftiger behauptet worden."

Diese neuen reichscammergerichtlichen Grundsätze waren

nun auch in der zuerst erwähnten Eicker Zehntsache vom Richter 1ster Instanz (der Osnabr. Land- und Justizcanzlei) zur Anwendung gebracht worden. Es gründete sich darauf die erste in dieser Sache ergangene Entscheidung (ein Maynzer Facultätsurtheil de publ. 17. Mai 1771):

> daß der klagende Zehntherr bei dem Besitze und Gerechtsame, den Zehnten in natura auszunehmen, zu schützen und zu manuteniren sei.

Die dawider von den bekl. Pflichtigen eingelegten Rechtsmittel hatten nur den Erfolg, daß durch eine zu Halle gesprochene Sentenz de publ. 17. Mai 1774 und eine bestätigende von Jena v. 23. Apr. 1776 der erkannte Schutz auf den Besitz der Naturalauszehntung und zwar in possessorio summariissimo beschränkt und den Beklagten das possessor. ordinarium und petitorium vorbehalten wurde, indem vorausgesetzt ward, daß die Präsumtion für eine dem Sackzehnten zum Grunde liegende locatio conductio streite, mithin der Zehntherr präsumtiv als Verpächter des natürlichen Zehntens anzusehen sei, nun aber nach Ablauf der Pachtjahre dem Verpächter wegen der verpachteten Sache das interdictum unde vi gegen den Pächter zustehe. Die Beklagten wandten sich nunmehr an das Reichs-Cammergericht. Dieses aber schlug per decr. v. 19. Jan. 1778 die erbetenen processus appellationis plenarios ab, mit dem Vorbehalt jedoch,

> daß den Appellanten, wenn sie etwa ein oder das andere Stück Land, auch eine oder andere Gattung Früchte zehntfrei zu seyn vermeinten, diesertwegen bei der Behörige das Nöthige vorzustellen und daselbst rechtlichen Bescheid zu gewärtigen unbenommen bleibe.

Die Landesregierung wurde jetzt auf diese Sache aufmerksam und forderte dem Adv. Patriae Rath Möser zum Gutachten darüber auf:

> ob — und wiefern bei dieser für sämmtliche schatzbare Unterthanen gemeinbedenklichen Erkenntnissen den Landesfürstlichen Eigenbehörigen beim Reichs-Cammergerichte interveniendo zu assistiren sei;

worauf denn Möser in dem erwähnten Gutachten sich dahin erklärte, daß er das der Reichscammergerichtlichen Entscheidung zum Grunde liegende jus novum für gesammte Unterthanen eben so gemeinschädlich, als für die Landesherrlichen Eigenbehörigen zu Eicken beschwerend

halte. „Ich zweifle aber im geringsten nicht — fügt er „hinzu — oder hochgedachtes Reichsgericht, welches den „Reichsständischen procuratoribus mehrmals zu erkennen „gegeben hat, wie es seine Schuld nicht sei, wenn contra leges et consuetudines provinciales gesprochen „wurde, indem solche nicht gehörig bekannt gemacht wurden, werde, wenn Ew. ꝛc. sich von Regierungs- und „Gutsherrschafts-wegen bei dieser Sache verwenden, und „diejenigen acta et documenta, welche in diesem Stücke „die Landesgewohnheiten aufklären, Hochdemselben vorlegen, nicht allein gedachte Appellanten und die ihnen „beitretende Gutsherrn contra decretum processuum „denegatorum labente adhuc quadriennio quatenus „opus in integrum restituiren, sondern auch bei künftigen „Aussprüchen darauf eine gerechteste Rücksicht nehmen."

In dieser Absicht und zu solchem Behuf bezieht sich Möser auf eine dem Gutachten beigefügte, ihrem Hauptinhalte nach späterhin in dem Aufsatze über die Osnabrückischen Zehnten in den

Patriot. Phantasien, Th. 4. № 67.

wiederholte Ausführung,*) worin er die beiden jenem jus novum zum Grunde liegenden Voraussetzungen: daß

a. die allgemeine Regel für den Zehnten in natura streite, und
b. gar kein objectum des s. g. Weinkaufs und der damit dem Anschein nach verknüpften Pachterneuerung vorhanden seyn würde, wenn man nicht annehmen wollte, daß der Naturalzehnte für ein jährliches Sackkorn auf sichere Jahre gedungen würde, —

dergestalt glaubt entkräftet zu haben, daß ein jeder ehrliebender Mann sich daraus überzeugen könne, wie

ad a. dahier im Stifte gleich von Anfang an eine generalis redemtio omnium decimarum vorgegangen sei, und
ad b. der nach Verlauf gewisser Jahre von dem redemtoribus zu entrichtende Weinkauf nichts weniger als eine renovationem locationis et conductionis antecedentis anzeige.

„Dieser Beweis — fügt er hinzu — beruht auf mehr

*) Möser wünschte den Druck derselben, sowie des ganzen Gutachtens. (S. den Brief an Nicolai v. 20. Dec. 1778 in d. verm. Schriften, Th. 2. S. 173); es ist jedoch nicht dazu gekommen.

„als 100 Urkunden und Beweisthümern, worin die hie=
„sigen Bischöfe, das Domcapitel und andere Geistliche
„der redemtionis decimarum gedenken und solche so=
„gar in Synodo universali pro antiquo instituto
„gesprochen, und sich sonst verhalten haben; und ich bin
„gewiß versichert, daß der Freih. v. Cramer, wenn er
„solche einzusehen Gelegenheit gehabt hätte, seine ver=
„meintliche Regel sofort eingezogen, an deren Statt
„wenigstens was dieses Hochstift betrifft, die redemtio-
„nem generalem pro norma universali angenommen
„und sonach den Zehntherrn, der den Zehnten in natura
„verlangt, ad actionem confessoriam und zum Be=
„weise dieses juris singularis verwiesen haben würde.
„Dieses haben alle Rechtsgelehrten gethan, welche noch
„im vorigen Jahrhunderte gelebt und das jus antiquum
„ex institutis majorum gekannt haben, und noch jetzt
„kehren diejenigen, welche zuerst von dem Geh. Rath
„Böhmer, der sein jus protest. eccles. dem juri
„canonico so viel immer möglich zu conformiren suchte,
„und durch die Sätze des Freih. v. Cramer einiger=
„maßen verwirrt waren, dahin zurück."

Er bezieht sich hiebei Beispielsweise auf Strubens frühere Ansicht in den

Nebenstunden, Th. 5. S. 130,

in Vergl. mit der späteren in den

Rechtl. Bedenken, Th. 3. S. 235;

und beruft sich sodann ferner auf

Pufendorf, Observ. jur. Tom. I. Obs. 3.

Endlich geht er zu der Betrachtung über, wie gegenwärtig, wo die Zehnten ihre alte Natur als Steuern *) verloren haben und in bloße Privatgefälle übergegangen sind, während die Zehntpflichtigen alles, wozu ehedem die Zehnten gedient, ohnehin tragen und Reichs= und Landessteuern erlegen müssen, es die grausamste Neuerung seyn würde, die antiquam redemtionem decimarum wieder aufzuheben, und, wie es daher die Regierung dem gemeinen Wesen und dessen natürlichem Vertheidiger, dem gnädigsten Landesherrn, schuldig sei, sich nicht allein zum Besten der Appellantischen Eingesessenen zu Eicken bei einem Hochpreißl. Reichscammergerichte zu verwenden, sondern auch überhaupt zum allgemeinen Wohl dieses Landes diese Sache da wiederum aufzunehmen, wo Weil.

*) Möser's Osnabr. Gesch. Th. 1. Absch. 6. §. 19. u. f.

Ihre Kön. Hoh. solche gelassen haben, da Höchstd. sich mit Hochl. Hrn. Stiftsständen unterm 27. Febr. 1728 *) dahin vereinigten, daß in Ansehung der Zehntherrn eine besondere Discretion gebraucht werden sollte; mithin eine Verordnung dahin zu erlassen, daß

a. die Vermuthung immer pro decima redemta zu fassen, folglich

b. kein Zehntherr mit dem jure singulari eines Zugzehntens anders als in actione confessoria und insofern er seine Befugniß zum Naturalzehnten oder dessen Besitz nothdürftig erweisen kann, zu hören, sodann aber

c. auf die s. g. Winn. Briefe, welche den einen oder anderen Bauern, bei Ueberlieferung des Weinkaufs, Statt der Quitung in die Hände gespielt worden, nicht zu achten, als in so weit zuvörderst von der Naturalzehntpflicht auf andere Weise constirt.

Der Verf. fügt schließlich dem Gutachten noch einige specielle Beweisgründe für die Unhaltbarkeit der bisherigen Entscheidungen in der Eicker Zehntsache aus den darüber in den Acten enthaltenen Thatsachen hinzu.

Das Gutachten fand den Beifall der Regierung und ward dem Advokaten der Eingesessenen zu Eicken mit dem Auftrage zugestellt: Namens der in dem Processe mitbefangenen Landesfürstlichen Eigenbehörigen pro restitutione in integ. aus den darin beigebrachten argumentis et documentis novis contra decr. processus denegator. beim Hochpr. Reichscammergerichte zu suppliciren und in dieser Restitutionsinstanz zugleich Namens der Osnabr. Cammer als Gutsherrn zu interveniren.

Dieses geschah, jedoch ohne Erfolg. Als aber über die Ausführung der ergangenen Erkenntnisse neue Weiterungen entstanden, verglichen sich endlich die Partheien unter Beitritt der Hochf. Cammer bei der Land- und Justizcanzlei dahin, daß Statt des Naturalzehntens ein auf ewige Zeiten festgesetzter Sackzehnten entrichtet werden solle.

Das durch die Eicker Zehntsache veranlaßte Gutachten, welches zur Befestigung der darin vertheidigten Grundsätze bei den einheimischen Rechtsgelehrten wesentlich bei-

---

*) Cod. Const. Osnabr. Th. 1. B. 1. S. 686.

getragen hätte, kam kürzlich wiederum in einem zuerst beim K. Amte Grönenberg, dann bei der K. Justizcanzlei und endlich beim K. Oberappellationsgerichte ventilirten Processe über den Hoyelschen Zehnten zur Sprache, ward hier jedoch von der Landesherrlichen Behörde nicht, wie in der Eicker Sache, vertheidigt, sondern angefochten, indem jene selbst als Zehntherrschaft gegen die Pflichtigen auftrat und das Recht zur Naturalauszehntung zu evinciren suchte. In den zwei ersten Instanzen wurde Inhalts des von Königl. Justizcanzlei mittelst Rejector. Bescheides vom 30. März 1824 lediglich bestätigten Amtsurtheils vom 31. Oct. 1823, welches unten sub № 1. abgedruckt ist, den Grundsätzen des Gutachtens gemäß, zum Vortheil der Pflichtigen erkannt, in höchster Instanz aber, unter Reprobation dieser Grundsätze, der beklagte Theil schuldig verurtheilt, hinsichtlich des Kornzehntens sich für die Zukunft der Naturalauszehntung unweigerlich zu unterwerfen, wofern sie nicht darthun würden: daß entweder zu keiner Zeit eine Naturalzehntung Statt gefunden habe, oder solche auf eine rechtsbeständige Weise in einen Sackzehnten verwandelt worden sei. In Betreff des Flachs- und Blutzehntens wurde wegen eingetretener Rechtskraft eines desfalls schon früher ergangenen Interlocuts bestätigend vom K. Oberappellationsgerichte erkannt, wie mit Mehrerem aus dem sub № 2. abgedruckten Urtheile hervorgeht.

Durch diesen Ausgang des Processes, des ersten und einzigen, welcher, meines Wissens, seit der Reorganisation des Landes über diesen Gegenstand bei K. Justizcanzlei geführt worden ist, wird von Neuem der Wunsch erweckt, daß der Gesetzgeber sich dieser wichtigen Rechtscontroverse im Sinne Möser's annehmen und namentlich bei der bevorstehenden näheren Gesetzgebung über die Ablösbarkeit der Zehnten die Grundsätze jenes großen Geschichtsforschers und Staatsmannes vor Augen nehmen möge. G. W. Struckmann.

(Die Anlagen erfolgen im nächsten Blatt.)

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.



für das Königreich Hannover.

№ 12. Den 15. December 1832.

Abhandlungen und Rechtsfälle.

I. Praejudicium S. Tribunalis, demzufolge Communallasten erst dann, wenn sie gehörig repartirt und angelegt sind, als Schulden der einzelnen Höfe in der Gemeinde betrachtet werden können.

Die Vormünder des A. schlossen im J. 1812 mit dem B. einen Contract ab, wornach demselben die Meyerstelle ihres Pupillen auf gewisse Jahre in Administration übertragen wurde, B. versprach 100 Rthlr. zu inferiren, alle Lasten zu tragen, die Schulden zu tilgen und erhielt

dafür den Genuß der Stelle und die Zusicherung eines demnächstigen Altentheils. Der Contract war aber nicht unter Beobachtung der erforderlichen Formen geschlossen, die Zeitumstände des J. 1813 drückten den angetretenen Administrator, und so kam es schon im December 1813 zu einem Vergleiche unter den betheiligten Personen, wornach der frühere Contract von Ostern 1814 an, als aufgerufen und annullirt angesehen werden und die Stelle um jenen Zeitpunct nach dem Inventar zurückgeliefert werden sollte. Bis Ostern 1814 sollte dagegen B., wie bisher, die Aufkünfte der Stelle genießen und deren Lasten tragen, und wurden ihm beym Abtritt der Wirthschaft 35 Rthlr. als Vergütung zugestanden. Dieser Vergleich erhielt die Confirmation des Amts, und die Stelle wurde in Gemäßheit desselben Ostern 1814 von B. zurückgegeben.

Mittelst publicandi vom 10ten Juny 1814 ernannte die damalige provisorische Regierungs-Commission zu Stade Commissarien, um den Schuldenbestand der Communen zu reguliren, welcher durch die feindlichen Requisitionen u. s. w. in den Jahren 1812 und insbesondere 1813 entstanden war. Es wurden sodann die liquidirten Schulden auf die Einwohner der resp. Communen vertheilt. Bey dieser Repartition wurde der Inhaber der Aschen Meyerstelle zu einer beträchtlichen Summe angesetzt, auch im J. 1816 noch eine neue, derartige Schulden bezielende, Anlage gemacht.

B. bezahlte nur einen geringen Theil der ersten Anlage, A. forderte dagegen, daß er solche gänzlich entrichten solle, weil sämmtliche Posten, wodurch die Schulden entstanden waren, als Lasten anzusehen wären, welche in die Wirthzeit des B. fielen, dieser die Tragung der

Lasten bis Ostern 1814 übernommen und für die außerordentlichen eine Vergütung erhalten habe. B. verweigerte die Zahlung und es kam zum Proceß, worin das Untergericht, nach geschlossenen Partheiverhandlungen, nachstehendes Erkenntniß publicirte:

daß, da die im Jahre 1812 zwischen A. u. B. im Werke gewesene Contrahirung wegen dem letzteren auf gewisse Jahre zu übertragenen Administration der Aschen Stelle, nach eigenem Geständniß nicht bündig abgeschlossen, auch es derselben an dem wesentlich erforderlichen Gutsherrlichen Consense gänzlich ermangelt, vielmehr bekl. B. nur de facto sich der Administration bey der gänzlichen Wirthschafts-Unfähigkeit des A., soweit es constirt unterzogen, in denen beygebrachten Contracts-Entwürfen auch, bis auf einen für Bekl. sprechenden Ausdruck über die Kriegs-Lasten nichts bestimmtes zu erfinden, dem Bekl. aber nach dem §. 5. des Vergleichs wegen der schweren Kriegs-Jahre bereits schon eine Vergütung von 35 Rthlrn. zugestanden worden; die enormen Kriegs-Schäden, welche das Jahr 1813 zur Folge gehabt, und woran im J. 1812 noch nicht gedacht werden konnte, so wie die daraus erwachsenen, erst neuerlich liquidirten Commüne-Schulden, dem Bekl. als bloßen Administrator also in keine Wege aufgebürdet werden mögen; da er auch nach dem §. 4. des Vergleichs sogar von dem, nach dem Contracts-Entwurfe übernommenen Abtrage der vorhandenen kleinen Schulden, im Betracht der schweren Kriegeszeiten freygesprochen ist, dannenhero Bekl. von angestellter Klage völlig zu entbinden und los zu sprechen, auch Kläger demselben die durch dieses Verfahren verursachten Kosten praevia

sp. et. mod. jud. in 4 Wochen zu erstatten schuldig zu vertheilen. Wie denn also erkannt worden.

V. R. W.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte der Kläger A. an das vorgesetzte Obergericht der Provinz und gravaminirte darüber, daß er mit seiner Klage abgewiesen und in die Kosten condemnirt sey, wogegen er bat, vielmehr den B. zur Tragung der während dessen Wirthszeit contrahirten Lasten und in die Proceßkosten zu verurtheilen.

Hierauf erfolgte ein rescriptum emendatorium des Inhalts:

Nachdemmahlen es in vorliegender Sache nicht sowohl auf die früheren Verhältnisse, in welchen der Appellat zu dem Appellanten in Beziehung auf dessen Stelle gestanden, als vielmehr auf den dieserhalb inter partes, laut gerichtlichen Protocolls vom 31sten December 1813, geschlossenen Vergleich ankömmt, in Gemäßheit desselben aber der Appellat bis Ostern 1814, wie bisher die Aufkünfte der Stelle genossen, dagegen aber auch ihre Lasten zu tragen ausdrücklich übernommen hat, dabey aber auf die schweren Kriegszeiten allerdings schon Rücksicht genommen ist, indem in Beziehung auf selbige dem Appellaten nicht nur der früher übernommene Abtrag der Schulden erlassen, sondern sogar bey Abtritt der Stelle eine Vergütung von 35 Rthlrn. zugestanden ist; nachdemmahlen ferner die Communal-Schulden, behuf deren Tilgung die vom Appellanten in seiner Klage angegebenen Pöste auf dessen Stelle gelegt worden, wenn sie gleich erst nach Ostern 1814 liquidirt und unter die Einwohner repartirt sind, schon vor Ostern 1814 contrahirt

sind, mithin aus einer Zeit herrühren, wo der Appellat die Lasten der Stelle annoch zu tragen hatte, an solche daher bey Abschließung des Vergleichs vom 31sten December 1813, wo sie schon existirten und nur deren Betrag ungewiß war, gedacht werden konnte, solchemnach die befraglichen Anlagen zu denen von dem Appellaten zu tragenden Lasten gehören, darnach aber die deßfallsige Klage des Appellanten als begründet sich darstellt, in Betracht dessen also gegenwärtiges rescriptum de emendando erkannt worden; So habt Ihr unter Wiederaufhebung Eures Erkenntnisses vom — — den Appellaten schuldig zu vertheilen, die befragliche in der Klage des Appellanten angegebene auf seine Stelle angelegten Pöste zu tragen, mithin selbige, so weit sie bereits vom Appellanten bezahlt worden, diesem wieder zu erstatten, so weit sie aber annoch unberichtigt sind, an den Heber dieser Anlagen in den bestimmten Terminen zu bezahlen, auch dem Appellanten die Proceß-Kosten sowohl der ersten als dieser Appellations-Instanz salva moderatione zu erstatten.

Nunmehr wandte sich der Beklagte B. an das Königl. Oberappellations-Gericht zu Celle, und erwürkte dort eine völlige Abänderung dieser ihm nachtheiligen Entscheidung, indem dasselbe, unterm 7ten März 1818, an das Gericht 2ter Instanz also rescribirte:

Da nun diejenigen Rückstände, zu deren Tilgung die jetzt streitigen Beyträge vom Aschen Hofe gefordert sind, vor deren Subrepartition nicht als eine Last jedes einzelnen zur Gemeinde gehörenden Hofes, sondern der Gemeinde im

Ganzen anzusehen, und erst durch deren Subrepartition zu Lasten jedes einzelnen Hofes geworden sind, mithin zu einer Zeit, wo der Implorant, in Gemäßheit des unter dem 31sten December 1813 geschlossenen Vergleichs, die Lasten des A schen Hofes zu tragen nicht mehr schuldig war, und denn in solchem Betracht, — — — — — gegenwärtiges Rescriptum emendatorium — — — erkannt worden ist; So habt ihr euer Rescript vom ** wiederum aufzuheben und die gegen das Erkenntniß des Amtes ** vom ** erhobene Appellation wegen Mangels gegründeter Beschwerden zu verwerfen. — — — —

II. Anlagen zu dem, im vorigen Blatt enthaltenen, Aufsatze: Ueber die Osnabrückischen Zehnten.

Anlage 1.

In Sachen des Kloster-Consulenten Doctor Hartmann in Osnabrück, Namens der Königlich Großbritannisch-Hannoverschen Kloster-Cammer in Hannover, Klägers, entgegen und wider die Zehntpflichtigen zu Kirch- und Westhoyel, namentlich die Colonen Meier zu Hoyel, Meier zu Westhoyel, Hillebränder, Schwarte, Ruwe, Backhaus et Cons., einen Korn-, so wie auch Blut- und Flachs-Zehnten betreffend, wird vom Königlich Großbritannisch-Hannoverschen Amte Groenenberg für Recht erkannt:

daß das Gesuch des Klägers, die Beklagte für schuldig zu erklären, den Kornzehnten sowohl, als den kleinen Blut- und Flachs-Zehnten in natura zu leisten, noch zur Zeit für hinlänglich begründet nicht zu achten

sey, sondern daß es bey dem von den Beklagten bislang auf den Zehntspeicher zu Riemsloh jährlichs abgelieferten quanto von Zehntkörnern sein Bewenden behalte; es wäre denn der Fall, daß Kläger es besser, als geschehen, binnen des Endes präfigirter Frist von sechs Wochen erweisen könne; daß das vormalige Capitel zu St. Johann in Osnabrück berechtigt sey, die vorgedachten Zehnten in natura auszuziehen; wes Endes es dem Kläger freysteht, sowohl den Editions-Eid von denjenigen in Anspruch genommenen Pflichtigen, welche solchen Eid noch nicht geschworen haben, zu verlangen, als auch die in den ad exhibitum sub num. act. 8 producirten im Jahre 1804—1805 beym damaligen Officialat-Gericht in Sachen Oeconomi Gronefeld contra Colonum Meier zu Hoyel et Cons. ventilirten Acten in der Schrift des Klägers vom 6. November 1804 namhaft gemachten 21 Colonen durch Eidesdelation oder sonstigen Beweis gehörig davon zu überführen: daß dieselbe an jenem Rechtsstreite in Betreff des kleinen Blut- und Flachs-Zehntens wirklich Theil genommen, fortan zur Bezahlung des damaligen impetiti sammt desfallsigen Kosten contribuirt haben; welchemnächst sowohl in der Hauptsache als der Kosten halber weiter ergehen wird, was Rechtens.

Stühle. Kramer. Schilgen.

Publicirt den 31. Octbr. 1823.

Entscheidungs-Gründe.

Der Grund der erhobenen Klage besteht darin, daß der Colonus Meier zu Westhoyel und Consorten (ohne solche namentlich anzugeben) dem St. Johannes Stifte

zu Osnabrück 1) mit einem Natural-Zugzehnten an Korn und 2) mit einem kleinen Blutzehnten, auch mit einem Flachszehnten verhaftet wären, eine Reihe von Jahren vor der französischen Invasion anstatt des Kornzehntens ein gewisses Korn-Quantum geliefert, und alle 4 Jahre eine sogenannte Winne entrichtet; anstatt des kleinen Blut- und Flachs-Zehntens aber während jener Zeit 20 Rthlr. jährlichs bezahlt hätten, daß jene aber die von dem Kornzehnten alle 4 Jahre bezahlte Winne ferner zu entrichten, so wie auch die anstatt des kleinen Blut- und Flachs-Zehntens jährlichs bezahlten 20 Rthlr. zu entrichten sich weigerten. Um nun vor der Hand mit den Präſtantiarien in Betreff der geweigerten Zahlung nicht zu zanken, und unter ausdrücklichem Vorbehalt der desfallsigen Rückstände habe die Königliche Kloster-Cammer beschlossen, die erwähnten Zehnten künftig in natura zu beziehen, und da die Beklagte sich diesem gleichfalls nicht fügen wollten; so ward gebeten, die Beklagte schuldig zu erklären, den Kornzehnten sowohl, als den kleinen Blut- und Flachs-Zehnten künftig in natura zu leisten. In dem darauf angesetzten Vorerscheinungstermine erschienen für die Beklagte die Coloni Meier zu Westhoyel, Hillebränder, Schwarte, Ruwe, Backhaus und Meier zu Hoyel, und erklärten folgendes:

„Jeder von uns muß jährlichs bestimmte Zehnt-Körner „für das Capitel zu St. Johann in Osnabrück auf „dem Zehntspeicher in Riemsloh abliefern. Indessen „läugnen wir, zu einem Natural-Zugzehnten von „unseren Ländereien, und zur Berichtigung eines „kleinen Blut- und Flachs-Zehntens dem klagenden „Theile verpflichtet zu seyn. Die Natural-Erhebung „eines dieser Zehnten wird niemals dargethan werden

„können, und ergiebt sich die Unstatthaftigkeit einer „solchen Prätension schon daraus, daß von den Be„sitzern einiger Ländereien ein größerer Beytrag zu „dem erwähnten Zehnten geliefert wird, als von den „Innhabern größerer Grundstücke. Daß vor Zeiten „wohl einem oder dem anderen von unseren Vorfahren „die Zahlung einigen Geldes als Winne, oder unter „einem sonstigen Namen aufgedrungen ist, haben wir „wohl gehört, da aber vor beinahe 20 Jahren ein „ähnliches Geld von uns verlangt wurde, ist die „Bezahlung solchen Geldes verweigert, und haben „wir sogar uns dieserhalb bey damaliger Regierung „in Osnabrück beschwert, wornach die fernere Fode„rung des gedachten Geldes für Winne und für den „Flachs- und kleinen Blut-Zehnten bis jetzt unter„blieben ist."

Als litis Consorten haben sich also die vorbenannten Coloni angegeben, allein die übrigen, für welche sie damals mit erschienen, nicht namhaft gemacht.

Die reservirten Winngelder sind zwar im Klage-Libell geschichtlich mit erwähnt worden, allein in dem Petito nicht enthalten, folglich muß man dasjenige, was in den Acten überhaupt davon gesagt wird, nur als eine factische Behauptung ansehen, die mit zur Unterstützung des Petiti, um die Beklagte für schuldig zu erklären, den Kornzehnten sowohl als den kleinen Blut- und Flachs-Zehnten künftig in natura zu leisten, dienen soll. Deswegen wird auch in dem exhibito des klagenden Theils sub num. act. 3. gesagt:

„daß alle sogenannte Sackzehnten, die jedesmal nach „Ablauf einer bestimmten Reihe von Jahren neuerdings „gewonnen werden müssen, in der Regel ursprünglich

„ordentliche Natural-Zehnten wären, welche die
„Pflichtigen vermittelst einer bestimmten jährlichen
„Kornmaaße für bestimmte Jahre redimirten, und
„zum Zeichen des für diese Jahre getroffenen Contracts
„eine Winne oder laudemium bezahlten."

Wiewohl dieses Argument öfters zur Begründung des Gegentheils gebraucht und aus der solutione und renovatione laudemii der Beweis einer perpetuae Coloniae vel decimarum saccevriarum hergeleitet werden will, welches sich aber auch mit Sicherheit gar nicht behaupten läßt. Nam quod Weinkauf vocant, quod bibalium dixeris, proprie arrhae vicem tenet et argumentum consummati contractus praebet cujuscunque, sive Coloniae perpetuae, sive locationis conductionis, sive emtionis.

conf. von Pufendorf in observ. juri univ. T. 4. observ. 26. p. 63.

Die Entrichtung des Weinkaufs beweist also so wenig für die ewige Dauer des Sackzehntens, als für die evocable Vermiethung oder käufliche Ueberlassung eines jährlichen Natural-Zugzehntens. Nun hat der verewigte Herr Geheimer Justiz-Rath Moeser in einem besondern Rechts-Gutachten im 4ten Theil der Patr. Phantas. S. 351 und folg. es überzeugend bewiesen, daß die Zehnten anfangs nicht vom Felde gezogen, sondern den Leuten zu einem billigen Preise gelassen sind, so daß durchaus die Regel für die ursprüngliche Ablösung gefaßt und keiner zum Zugzehnten gelassen werden muß, als insofern er davon im Besitze gewesen zu seyn, erweisen kann.

Daß der Kayser es den Bischofen frey gestellt hat, die Zehnten zu einem billigen Preise zu belassen, erhellet schon daraus, was der verewigte Herr Vice-Canzler

Strube in dem 5ten Th. der Nebenstunden 65sten Abhand. §. 2. aus den capitularibus Libr. 2. Cap. 25. anführt: „si quis tamen Episcoporum fuerit qui argentum pro hoc (scilicet pro omni conlaborato) accipere velit, in sua maneat potestate juxta quod ei et illi, qui hoc persevere debet, convenerit.“ Zwar behauptet jener große Rechtsgelehrter in T. 3. der rechtl. Bedenk. im 64. Bedenken, daß die christliche Geistlichkeit vor Alters in Deutschland den Zehnten von allen Feldfrüchten in natura gefodert habe. Allein daraus folgt noch nicht, daß die Geistlichkeit den Zehnten, zu dessen Foderung sie das Recht erlangt hatte, ursprünglich allgemein in natura ausgenommen habe. Vielmehr gesteht erwähnter Autor, daß mancher sich mit einem leidlichen Sackzehnten begnügt habe, weil der Zugzehnte nicht zu behaupten stand, zumal oeconomische Umstände es überdem vielfältig anrathen, gewisse geringere Aufkünfte ungewissen größeren vorzuziehen, welches zu so vielen Erbenzinsgütern Anlaß gegeben, und es daher nicht abzusehen sey, warum die Zehnten weniger, als die Meiergefälle für Erblehen zu halten seyn sollten, wenn von ausdrücklichen Jahren, und zu eben der Zeit die Abgiften ungesteigert verblieben, da fast überall die Pachtgelder erhöhet worden. Deswegen das Königliche Ober-Appellations-Gericht erkannt habe, daß, wenn der Zehnte seit undenklichen Jahren nicht in natura gezogen, sondern eine jährliche gewisse Quantität eines Korn entrichtet worden, es dabey verbleiben müsse, dafern der Zehntherr nicht erweiset, daß der Zehnte seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach ein Zugzehnte, folglich den Zehntpflichtigen nur auf gewisse Jahre verheuert sey.

conf. von Pufendorf in T. 1. observ. 111.

Daß der questionirte Zehnte aber seit undenklichen Jahren nicht in natura gezogen, sondern eine jährliche gewisse Quantität reines zusammengebrachtes Korn entrichtet worden sey, räumt der klagende Theil in exhibito vom 15ten Septbr. 1821 dadurch ein, wenn er daselbst gesteht, daß seit einer unbestimmten Reihe von Jahren die Beklagte ein gewisses Korn geliefert. Auch hat derselbe den Beweis, daß der questionirte Zehnte seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach ein Zugzehnte sey, schon dadurch angetreten, daß er bey dem nach bestehenden Abgange von Nachrichten in Betreff des questionirten Zehntens die Beklagte aufgefordert hat, sämmtliche darüber in ihrer Gewahrsam sich befindende Nachrichten vermittelst zu leistenden Editions-Eides zu produziren.

Es kömmt also nunmehr darauf an, ob und in wie fern der klagende Theil den Beweis, daß der questionirte Zehnte seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach ein Zugzehnte, folglich den Zehntpflichtigen nur auf gewisse Jahre verheuert sey, geführt habe: ꝛc.

(Die nun folgende Ausführung wird hier, als nicht die aufgeworfene Rechtsfrage betreffend, übergangen.)

Anlage 2.

In Sachen des Kloster-Consulenten Dris. Hartmann in Osnabrück, Namens der Klostercammer in Hannover, Klägers und Appellanten, wider die Zehntpflichtigen zu Kirch- und West-Hoyel, Colonum Meyer daselbst und Consorten, Beklagten und Appellaten, wegen Zehnten, erkennen Wir GEORG der Vierte ꝛc. König ꝛc. den verhandelten Acten gemäß für Recht:

Daß zuvörderst der Pastor Friedrich Prior und der Cantor August Vogeler, wegen Theilnahme an dem

gegenwärtigen Processe, so fern derselbe Kirchen=, Pfarr= oder Cantorey=Land betreffen sollte, fordersamst binnen 14 Tagen die Auctorisation der competenten geistlichen Oberbehörde nachzubringen haben.

Was sodann die Hauptsache, und zwar

I. den Kornzehnten anbelangt; nachdemmahlen bey einer im allgemeinen anerkannten Zehntpflichtigkeit der bloße Umstand, daß eine Zeitlang statt des Natural=Zehntauszuges eine bestimmte und nahmhafte Quantität an Getreide, andern Naturalien oder Gelde prästirt worden, für sich allein die Qualität eines Zehntens als Sackzehnten nicht rechtlich zu begründen vermag, vielmehr bis zum Beweise des Gegentheils allerdings die Vermuthung für den ordentlichen Zugzehnten streitet, welche gemeinrechtliche Grundsätze denn auch bey den Zehnten Unsers Fürstenthums Osnabrück keine Ausnahme erleiden, anerwogen die in dortiger Provinz hin und wieder aufgestellte Hypothese einer primitiven General=redemtion der Zehnten sich blos daraus, daß bald nach der Entstehung dieser Abgabe und im Verlauf der Zeit entweder wegen Renitenz der Pflichtigen, Vereinfachung der Administration oder aus andern zufälligen Gründen, viele dortige Zehnten in sackfällige Einnahmen oder fixe Geldprästationen verwandelt worden, keineswegs rechtfertigen läßt; hiernächst aber Seitens der appellantischen Zehntherrschaft zwar eingeräumt worden ist, daß Appellaten vor der französischen Invasion eine unbestimmte Reihe von Jahren hindurch mit der Naturalziehung des Zehntens verschont geblieben seyn, und statt deren bloßerdings eine nahmhafte Quantität Getreides auf dem Zehntspeicher zu Riemsloh abgeliefert hätten, hierin allein aber so wenig das Geständniß eines den Appellaten zu

statten kommenden unvordenklichen Besitzes des Freyheitszustandes zu befinden ist, als auch andererseits, weil die Zehntherrschaft die Regel und fundatam intentionem zur wirklichen Auszehntung für sich hat, bloß des Umstandes wegen, daß vom Appellanten kein früherer Fall der Natural-Ausnahme des befraglichen Zehntens angeführt werden mögen, und dagegen, um über das eigentliche Sachverhältniß nähere Auskunft zu erhalten, auf Offenlegung der darüber in den Händen der Appellaten etwa vorhandenen schriftlichen Nachrichten angetragen worden, in der Beweislast selbst nichts verändert und die Verbindlichkeit zur Beweisführung nicht von denen Appellaten auf die appellantische Zehntherrschaft gewälzt werden mag;

Daß daher in diesem Punkte das Erkenntniß Unsers Amtes Grönenberg vom 31. Oct. 1823 und der Abschlagsbescheid Unserer Osnabrückschen Justiz-Canzley vom 30. März 1824 wiederum aufzuheben, und dagegen Beklagte und Appellaten unter Vorbehalt der ratione praeteriti aufgelaufenen Rückstände schuldig zu verurtheilen seyn, sich für die Zukunft der in Anspruch genommenen Naturalauszehntung in Ansehung des Kornzehntens unweigerlich zu unterwerfen, es könnten und wollten denn dieselben binnen einer ihnen des Endes zu setzenden Präjudicialfrist rechtlicher Gebühr nach et salva reprobatione darthun, gestalten entweder zu keiner Zeit eine Naturalzehntung statt gefunden habe, oder solche auf eine rechtsbeständige Weise in einen Sackzehnten verwandelt worden sey, worauf sodann, oder in dessen Entstehung sowohl in der Hauptsache als der Kosten wegen weiter ergehet was Rechtens.

Soviel hiernächst

II. den, den zweiten Gegenstand der Klage bildenden

kleinen Blut- und den Flachszehnten anbelangt; nachdem bereits durch den unterrichterlichen und in Rechtskraft getretenen Bescheid vom 12. July 1822 dem Kläger und Appellanten aufgegeben worden, den Grund seines Verlangens der obgedachten Nebenzehnten gehörig darzuthun, und nun Appellant zwar in Folge dessen jenen Beweis durch Vorlegung älterer vor dem ehemaligen Officialatgerichte zu Osnabrück in den Jahren 1804 — 1805 verhandelten Proceßacten zu führen versucht hat, diese Acten aber, abgesehen von der Verschiedenheit des Objects und der damaligen Litiganten sich auch ihrem ganzen Inhalte nach, nicht dazu eignen, die jetzt in Anspruch genommene Berechtigung darzuthun, einfolglich sich Appellant durch die Auflage einer besseren Beweisführung in dieser Hinsicht nicht beschwert erachten kann;

Daß daher in diesem Punkte vorgedachtes Erkenntniß Unsers Amtes Grönenberg vom 31. Oct. 1823, und der Canzley-Bescheid vom 30. März 1824 pure und lediglich zu bestätigen, übrigens die in hac appellationis instantia aufgelaufenen Kosten gegenseitig aufzuheben und zu compensiren seyn, und sollen die Acten zum weitern Verfahren an Unsere Justiz-Canzley zu Osnabrück remittirt werden.

Wie Wir denn also erkennen, respective abändern und bestätigen, vorbehalten und compensiren.

Von Rechts Wegen.

Publicat. im Ober-Appellations-Gerichte Celle, den 27. Juny 1827.

Ad Mandatum etc.

(L. S.) in fidem copiae
Stoltze jun.,
O. A. Secr.

Bücher-Anzeige.

Encyclopädie der Policeiwissenschaften, oder Inbegriff der vorzüglichsten, in Deutschland überhaupt, als in einzelnen deutschen Staaten insbesondere vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen und Vorschriften über alle ins Policeigebiet einschlagende Gegenstände: als Oeconomie- und Administrations-, Armen-, Bettel-, Paß-, Innungs- u. s. w. Wesen, Cholera und andere Epidemien, Feuerpolicei, Volksunruhen, Censurwesen, Verfahren bei Auffindung Verunglückter, bei Scheintodten u. s. w. In Form eines Wörterbuchs dargestellt und zum practischen Gebrauche der Orts- und Policeibehörden, namentlich auch deutscher Landtagsabgeordneten bestimmt, vom *Doctor juris* F. H. Ungewitter. Ilmenau, bey Voigt, 1832. 8. (429 S.) 1 Thlr. 12 Sgr.

Die Einleitung erörtert die Begriffe von Policei, Policeigewalt und Policeigerichtsbarkeit und den Unterschied von Policeisachen im Gegensatz zu Civil- und Criminaljustiz-Sachen. Dann folgt — in alphabetischer Ordnung — eine Sammlung der wichtigsten Policeigesetze und Anordnungen über die einzelnen in den aufgenommenen Artikeln vorkommenden Gegenstände, wobei insbesondere, ja fast ausschließlich, auf die Königl. Preußischen und Sächsischen Verordnungen Rücksicht genommen ist. Zu den wichtigsten und interessantesten Artikeln rechnet Referent vorzüglich folgende: Aufenthaltskarten, Bettler, Epidemien, Scheintodte und Tumult. Den Schluß bildet ein kurzes Register über die einzelnen Artikel.

Lüneburg, gedruckt in der von Sternschen Buchdruckerey.
Verlegt von Herold und Wahlstab.